





DISPVTATIONVM FORENSIVM

D. IO. FRANCISCI MARCIANI NEAP.

PATRITII SCALENSIS,

Olim Primarij Causarum Patroni,

Nunc verò in Sacro Regio Neapolitano Consilio Senatoris Integerrimi,

CVM DECISIONIBVS SVPREMORVM REGNI TRIBVNALIVM

LIBER SECVNDVS.

OPVS OMNIGENA CELEBERRIMARVM TAM FEVDALIVM, quàm ciuilium Quæstionum, eruditione refertum.

Iudicibus, Aduocatis, ac vtriusque Iuris Professoribus vtilissimum; Pragmaticis verò præcipuè pernecessarium.

CVM DVPLICI INDICE

Argumentorum vno, Verborum altero.



SVMPTIBVS SOCIETATIS BIBLIOPOLARVM NEAPOLITANORVM.

NEAPOLI, Ex Regia Typographia Ægidij Longhi MDCLIV.

INDEX ARGVMENTORVM.

Quæ in hoc Secundo Disputationum Forensium Volumine continentur.

DISPVTATIO LI.

PER donationem factam cum onere soluendi creditoribus alicuius, nullam illis contra donatariũ acquiri actionem, ad intellectum *l.cum res,C.de donat.* & *l.quoties,C.de donat.quæ sub modo.*

DISP. LII.

Actionem minimè acquiri absenti ex onere illi soluendi in donatione apposito; si donatarius nihil expresſè promittat, quàmuis simplicitèr donationem cum onere acceptet, & iureiurãdo intercedente se obliget adimplere promissa.

DISP. LIII.

Bona hæredis non venire sub generali obligatione bonorum, nisi expresſè obligentur: Hinc creditores hypothecarios hæredis esse præferendos creditoribus defuncti in bonis hæredis: Nec non modum implendum in personam tertij non producere actionem in contractibus in beneficium illius, nisi in casu *l.quoties,C.de donat.quæ sub modo*, ad intellectum doctrinæ *Bart.in l.quibus diebus*, *§.Termilius, ff.de condit.& demonstrat.*

DISP. LIV.

Donationem licèt quingentorum aureorum summam excedat insinuationis sollemnitate minimè egere, si specialitèr eidem fuerit cum iuramento renunciatum.

DISP. LV.

Prærogatiua causæ onerosæ non haberi in consideratione, nisi inter creditores in actione personali, quorum priuilegia ex causa, non ex tempore extimantur, non autem inter hypothecarios, in quibus militat regula, qui prior in tempore, potior in iure: ad declarationem *decis.48. Domini Regentis Rouiti.*

DISP. LVI.

Beneficium donatori concessum, vt teneatur in quantum facere possit, deducto omni ære alieno, non procedere inter creditores hypothecarios, & ità intelligi *Cumani* sententiam in *l.priuilegia,ff.de priuileg.credit.* præcipuè stante clausula *Constituti* in donatione apposita, illudq; personalissimùm esse, neq; ad hæredes, & fideiussores, multòq; minùs ad creditores transire, mortuo præsertim donatore, ad declarationem eiusdem *decis. Domini Regentis Rouiti* 48.

DISP. LVII.

Beneficium donatori concessum, nè teneatur insolidum, non acquiri eius creditoribus, etiam si viuente donatore litem contestauerint, sententiam reportauerint, imò si deductionem habuerint, cum temporale beneficium sit, non perpetuum.

DISP. LVIII.

Fructus fundi pignori obnoxij, vt in obligatione comprehendantur, necessarium esse, vt in dominio debitoris aliquando fuerint: Hinc per emptorem perceptos in iudicio hypothecario, neq; Iudicis officio esse restituendos, nihil adiuuante litis contestatione, quæ in hoc iudicio malam fidem inducere nequit.

DISP. LIX.

Intereſſe tertiarum omni iure eſſe licitum,illudq;earum tantùm, quæ vſq; ad contractus reſciſſionem decurrerunt deberi; contractum autem non à die litis conteſtatæ, ſed ad minùs à die latæ ſententiæ intelligi reſciſſum.

DISP. LX.

Inuentarij beneficium parùm iuuaminis hæredi, opulentam hæreditatem adeunti afferre,quin iura,& actiones, etiam hypothecariæ non confundantur, quatenùs tamen vires hæreditatis ſufficiunt.

DISP. LXI.

Per ſimplicem reuocationem coràm ſeptem teſtibus declaratam, non reuocari teſtamentum primo loco factum, niſi teſtator alium dixerit hæredem, vel decennium effluxerit, ad intellectum *l.ſancimus, C. de teſtam. & l.militis, §.veteranus, ff.de milit.teſtam.& l.ſi iure, ff.de legat.3.*

Quod quidem decennium, à die conditi teſtamenti, ante reuocationem effluxum eſſe oportet, ſecundum *Gloſſ.* opinionem.

Hæc tamen quòad hæredis inſtitutionem eſſe intelligenda, ſecùs quòad legata,& fideicommiſſa oſtenduntur, Aliaq; circa materiam non iniucunda tractantur.

DISP. LXII.

Legatum ſub conditione ſi Religionem intrauerit; deberi Monaſterio, in quo profeſſionem legatarius emiſit,non autem Monaſterio,in quo habitum ſuſcepit.

DISP. LXIII.

In venditione cenſus à primo emphiteuta ſubconcedendo impoſiti, nec ſecundo emphiteutæ, neq; domino directo prælationem eſſe concedendam,concluditur.

DISP. LXIV.

Pragmat.2.de iuriſdict inuic.non turband. non procedere in Tribunali M.C.V. in qua Iudices in criminalibus cognoſcunt, etiam de cauſis infrà relegationem.

DISP. LXV.

Ius commune læuitèr reſiſtens, vel etiã vehementèr,non impedire manutentionem lite pendente, conſtito de titulo ſaltim colorato,vel probata poſſeſſione per longum tempus, ad intellectum *cap.cum perſonæ,de priuileg. in 6.cum concordantibus.*

DISP. LXVI.

Codicillarem clauſulam per verba futuri temporis, vel infinitiui modi cõceptam,ſuum operari effectum,etiam in caſu nullitatis teſtamenti ob præteritionem poſthumi; præcipuè alterò filio inſtituto hærede.

DISP. LXVII.

Proximi appellatione, vnum, & illum primogenitum contineri, quàmuis plures eiuſdem ſint gradus, quando de clara teſtatoris voluntate conſtat.

DISP. LXVIII.

Caducato medio ſubſtitutionum gradu,caducari etiam ſequentes,ſi conditio quoquè ſub qua ſequentes conceptæ fuerint,deficiat, vel pro non ſcripta habeatur, aut in diuerſa re fuerint ſubſtituti, ad declarationem doctrinæ *Bar.in l.quandiù 66.§.ſi autem,ff.de acquirenda hæreditate.*

DISP. LXIX.

Conditionale legatum, ſi deficiat per caſum contingentem præcipuè in perſona legatarij implere debentis, minimè deberi: non ſic in modali, præſertim quando facto Principis iuſtè imperantis, impeditur legatarius onus legato adiectum adimplere: Hinc legatum Aduocato relictum, vt hæredis negotia patrocinetur, deberi etiam ſi is ad Conſiliarij munus aſſumptus fuerit, cum per eum non ſtet, quo minùs patrocinium præſtet: indè nonnulla de legato conditionali,modali,cauſali, & per fideicommiſſum,non inutilitèr annotantur.

DISP. LXX.

Legatum annuum, quàmuis pro ſequentibus annis conditionale dicatur, intelligi quòad illam conditionem intrinſecam, ſi legatarius viuat, ad

ad hoc vt transmissionem impediat, non autem quòad extinctionem legati in alio casu; quam mortis, si aliã expressam conditionem non contineat, ideò solùm esse considerandum an legatum quàmuis annuum fuerit conditionaliter, vel modaliter relictum, in terminis præcedentis Disputationis.

DISP. LXXI.

Requisita necessaria in venditione rei immobilis minoris sigillatim recensentur; quibus deficientibus annullatur distractio.

DISP. LXXII.

Per quietationem, siuè liberationem, quantumcumquè generalem per pupillum iàm ætate maiorem Tutori factam, nihil impediri, quin possit pupillus contra emptorem agere ex capite nullitatis.

DISP. LXXIII.

Clericum, antequàm per actum positiuum reconueniatur, posse à conuentione recedere, etiam in iudicijs duplicibus, putà familiæ ercifcundæ, communi diuidundo, pro socio, & similibus.

DISP. LXXIV.

Pretium quando loco rei, & res loco pretij succedat, etiam in particularibus.

DISP. LXXV.

Pactum, quod teneatur venditor censsus ad omnem emptoris requisitionem, alteri ius luendi cedere, esse validum; nec in aliquo libertatem reemendi lædere.

DISP. LXXVI.

Paragium sorori debitum vigore Constitutionis Regni, minuere legitimã Primogeniti in feudis Iurisfrancorũ.

DISP. LXXVII.

Puella, licet metu pœnæ ad nubendum alicui adstringi nequeat, spè tamen lucri ad nuptias inuitari poterit, si tamen dignè, & honestè illi nubere valeat, aliàs non priuabitur relicto.

DISP. LXXVIII.

Venditio rei cum pacto de retrouendendo, quàmuis tẽporale cùm annua perceptione ad rationẽ decẽ pro cẽtum cũ locatione in beneficium eiusdem venditoris, præsumitur contractus venditionis annuorũ introituum secundum formam antiquam; Hinc pactum de retrouendendo, quàmuis temporale in huiusmodi contractu perpetuatur, cum sit de forma contractus censualis.

DISP. LXXIX.

Canon emphiteuticus; quàmuis diuidi inuito Domino, nequeat, sed insolidum exigi possit; hoc actione hypothecaria non autem personali intelligendum; præcipuè contra hæredes emptoris, qui neq; actione hyothecaria tenetur, nisi cum Domini consensu emerit, vel Canonem soluerit.

DISP. LXXX.

Per reseruationem omnium fructuum feudi in refutatione contentam, cum libera illorum administratione, & facultate propria authoritate disponendi, inductum videri ius vsusfructus, ideòq; super ea Regis requiri Beneplacitum, in nihilò iuuante assensu Proregis ex defectu potestatis, ad intellectum *Pragmat.4.de feud.* non obstante expressa protestatione contrahentium, quod non intelligatur constitutum ius aliquod vsusfructus, cùm censeatur in fraudem legis apposita.

DISP. LXXXI.

Authentica Hoc nisi dispositio, locum non habet, si reperiatur emptor, licet non iustum offerat pretium, stante prçcipuè renunciatione iureiurando vallata.

DISP. LXXXII.

De differentia inter legatum quotæ hęreditatis, & bonorum circa onera persoluenda; & nùm legatum omnium bonorum mobilium, & burgensaticorum, dici possit legatum quotæ totius, vel alterius partis.

DISP. LXXXIII.

Soror indotata, an possit fratri succedere vna cum fratre, vel matre; vel requira-

quira-



BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXII
D
38
NAPOLI

DISPVTATIONVM
FORENSIVM
D. IO. FRANCISCI MARCIANI NEAP.
PATRITII SCALENSIS,

Olim Primarij Caufarum Patroni,

Nunc verò in Sacro Regio Neapolitano Confilio Senatoris Integerrimi,

CVM DECISIONIBVS SVPREMORVM REGNI TRIBVNALIVM

LIBER SECVNDVS.

OPVS OMNIGENA CELEBERRIMARVM TAM FEVDALIVM, quàm ciuilium Quæftionum, eruditione refertum.

Iudicibus, Aduocatis, ac vtriufque Iuris Profefforibus vtiliffimum; Pragmaticis verò præcipuè pernecceffarium.

CVM DVPLICI INDICE.

Argumentorum vno, Verborum altero.





SVMPTIBVS SOCIETATIS BIBLIOPOLARVM NEAPOLITANORVM.

NEAPOLI, Ex Regia Typographia Ægidij Longhi MDCLIV.

INDEX ARGVMENTORVM.

Quæ in hoc Secundo Disputationum Forensium Volumine continentur.

DISPVTATIO LI.

PER donationem factam cum onere soluendi creditoribus alicuius, nullam illis contra donatariũ acquiri actionem, ad intellectum *l.cum res*, *C.de donat.* & *l.quoties*, *C.de donat.qua sub modo.*

DISP. LII.

Actionem minimè acquiri absenti ex onere illi soluendi in donatione apposito; si donatarius nihil expressè promittat, quàmuis simplicitèr donationem cum onere acceptet, & iureiurãdo intercedente se obliget adimplere promissa.

DISP. LIII.

Bona hæredis non venire sub generali obligatione bonorum, nisi expressè obligentur: Hinc creditores hypothecarios hæredis esse præferendos creditoribus defuncti in bonis hæredis: Nec non modum implendum in personam tertij non producere actionem in contractibus in beneficium illius, nisi in casu *l.quoties*, *C.de donat.qua sub modo*, ad intellectum doctrinæ *Bart.in l.quibus diebus*, *§.Termillius*, *ff.de condit.& demonstrat.*

DISP. LIV.

Donationem licèt quingentorum aureorum summam excedat insinuationis sollemnitate minimè egere, si specialitèr eidem fuerit cum iuramento renunciatum.

DISP. LV.

Prærogatiua causæ onerosæ non haberi in consideratione, nisi inter creditores in actione personali, quorum priuilegia ex causa, non ex tempore extimantur, non autem inter hypothecarios, in quibus militat regula, qui prior in tempore, potior in iure: ad declarationem *decis.*48. *Domini Regentis Rouiti.*

DISP. LVI.

Beneficium donatori concessum, vt teneatur in quantum facere possit, deducto omni ære alieno, non procedere inter creditores hypothecarios, & ità intelligi *Cumani* sententiam in *l.priuilegia*, *ff.de priuileg.credit.* præcipuè stante clausula *Constituti* in donatione apposita, illudq; personalissimùm esse, neq; ad hæredes, & fideiussores, multòq; minùs ad creditores transire, mortuo præsertim donatore, ad declarationem eiusdem *decis. Domini Regentis Rouiti* 48.

DISP. LVII.

Beneficium donatori concessum, nè teneatur insolidum, non acquiri eius creditoribus, etiam si viuente donatore litem contestauerint, sententiam reportauerint, imò si deductionem habuerint, cum temporale beneficium sit, non perpetuum.

DISP. LVIII.

Fructus fundi pignori obnoxij, vt in obligatione comprehendantur, necessarium esse, vt in dominio debitoris aliquando fuerint: Hinc per emptorem perceptos in iudicio hypothecario, neq; Iudicis officio esse restituendos, nihil adiuuante litis contestatione, quæ in hoc iudicio malam fidem inducere nequit.

DISP. LIX.

Intereſſe tertiarum omni iure eſſe licitum,illudq;earum tantùm, quæ vſq; ad contractus reſciſſionem decurrerunt deberi; contractum autem non à die litis conteſtatæ, ſed ad minùs à die latæ ſententiæ intelligi reſciſſum.

DISP. LX.

Inuentarij beneficium parùm iuuaminis hæredi, opulentam hæreditatem adeunti afferre,quin iura,& actiones, etiam hypothecariç non confundantur, quatenùs tamen vires hæreditatis ſufficiunt.

DISP. LXI.

Per ſimplicem reuocationem coràm ſeptem teſtibus declaratam, non reuocari teſtamentum primo loco factum, niſi teſtator alium dixerit hæredem, vel decennium effluxerit, ad intellectum *l.ſancimus, C. de teſtam. & l.militis, §.veteranus, ff.de milit.teſtam.& l ſi iure,ff.de legat.3.*

Quod quidem decennium, à die conditi teſtamenti, ante reuocationem effluxum eſſe oportet, ſecundum *Gloſſ.* opinionem.

Hæc tamen quòad hæredis inſtitutionem eſſe intelligenda, ſecùs quòad legata,& fideicommiſſa oſtenduntur, Aliaq; circa materiam non iniucunda tractantur.

DISP. LXII.

Legatum ſub conditione ſi Religionem intrauerit; deberi Monaſterio, in quo profeſſionem legatarius emiſit,non autem Monaſterio,in quo habitum ſuſcepit.

DISP. LXIII.

In venditione cenſus à primo emphiteuta ſubconcedendo impoſiti, nec ſecundo emphiteutæ, neq; domino directo prælationem eſſe concedendam,concluditur.

DISP. LXIV.

Pragmat.2.de iuriſdict inuic.non turband. non procedere in Tribunali M.C.V. in qua Iudices in criminalibus cognoſcunt, etiam de cauſis infrà relegationem.

DISP. LXV.

Ius commune læuitèr reſiſtens, vel etiã vehementèr,non impedire manutentionem lite pendente, conſtito de titulo ſaltim colorato,vel probatæ poſſeſſione per longum tempus, ad intellectum *cap.cum perſonæ,de priuileg. in 6.cum concordantibus.*

DISP. LXVI.

Codicillarem clauſulam per verba futuri temporis, vel infinitiui modi cõceptam,ſuum operari effectum,etiam in caſu nullitatis teſtamenti ob præteritionem poſthumi; præcipuè alterò filio inſtituto hærede.

DISP. LXVII.

Proximi appellatione, vnum, & illum primogenitum contineri, quàmuis plures eiuſdem ſint gradus, quando de clara teſtatoris voluntate conſtat.

DISP. LXVIII.

Caducato medio ſubſtitutionum gradu,caducari etiam ſequentes,ſi conditio quoquè ſub qua ſequentes conceptæ fuerint,deficiat, vel pro non ſcripta habeatur, aut in diuerſa re fuerint ſubſtituti, ad declarationem doctrinæ *Bar.in l.quandiù 66.§.is autem,ff.de acquirenda hæreditate.*

DISP. LXIX.

Conditionale legatum, ſi deficiat per caſum contingentem præcipuè in perſona legatarij implere debentis, minimè deberi: non ſic in modali, præſertim quando facto Principis iuſtè imperantis, impeditur legatarius onus legato adiectum adimplere: Hinc legatum Aduocato relictum, vt hæredis negotia patrocinetur, deberi etiam ſi is ad Conſiliarij munus aſſumptus fuerit, cum per eum non ſtet, quo minùs patrocinium præſtet: indè nonnulla de legato conditionali,modali,cauſali, & per fideicommiſſum,non inutilitèr annotantur.

DISP. LXX.

Legatum annuum, quàmuis pro ſequentibus annis conditionale dicatur, intelligi quòad illam conditionem intrinſecam, ſi legatarius viuat, ad

ad hoc vt trãnsmissionem impediat, non autem quoad extinctionem legati in alio casu; quam mortis; si aliā expressam conditionem non contineat, ideò solùm esse considerandum an legatum quàmuis annuum fuerit conditionalitèr, vel modalitèr relictum, in terminis præcedentis Disputationis.

DISP. LXXI.

Requisita necessaria in venditione rei immobilis minoris sigillatim recensentur; quibus deficientibus annullatur distractio.

DISP. LXXII.

Per quietationem, siué liberationem, quantamcumquè generalem per pupillum iàm ætate maiorem Tutori factam, nihil impediri, quin possit pupillus contra emptorem agere ex capite nullitatis.

DISP. LXXIII.

Clericum, antequàm per actum positiuum reconueniatur, posse à conuentione recedere, etiam in iudicijs duplicibus, putà familiæ ercifcundæ, communi diuidundo, pro socio, & similibus.

DISP. LXXIV.

Pretium quando loco rei, & res loco pretij succedat, etiam in particularibus.

DISP. LXXV.

Pactum, quod teneatur venditor census ad omnem emptoris requisitionem, alteri ius luendi cedere, esse validum; nec in aliquo libertatem redimendi lædere.

DISP. LXXVI.

Paragium sorori debitum vigore Constitutionis Regni, minuere legitimā Primogeniti in feudis Iurisfrancorū.

DISP. LXXVII.

Puella, licet metu pœnæ ad nubendum alicui adstringi nequeat, spè tamen lucri ad nuptias inuitari poterit, si tamen dignè, & honestè illi nubere valeat, aliàs non priuabitur relicto.

DISP. LXXVIII.

Venditio rei cum pacto de retrouendendo, quàmuis tēporale cùm annua perceptione ad rationē decē pro cētum cū locatione in beneficium eiusdem venditoris, præsumitur contractus venditionis annuorū introituum secundum formam antiquam; Hinc pactum de retrouendendo, quàmuis temporale in huiusmodi contractu perpetuatur, cum sit de forma contractus censualis.

DISP. LXXIX.

Canon emphiteuticus: quàmuis diuidi inuito Domino, nequeat, sed insolidum exigi possit; hoc actione hypothecaria non autem personali intelligendum; præcipuè contra hæredes emptoris, qui neq; actione hypothecaria tenetur, nisi cum Domini consensu emerit, vel Canonem soluerit.

DISP. LXXX.

Per reseruationem omnium fructuum feudi in refutatione contentam, cum libera illorum administratione, & facultate propria authoritate disponendi, inductum videri ius vsusfructus, ideòq; super ea Regis requiri Beneplacitum, in nihilò iuuante assensu Proregis ex defectu potestatis, ad intellectum *Pragmat. 4. de feud.* non obstante expressa protestatione contrahentium, quod non intelligatur constitutum ius aliquod vsusfructus, cùm censeatur in fraudem legis apposita.

DISP. LXXXI.

Authentica Hoc nisi dispositio, locum non habet, si reperiatur emptor, licet non iustum offerat pretium, stante præcipuè renunciatione iureiurando vallata.

DISP. LXXXII.

De differentia inter legatum quotæ hereditatis, & bonorum circa onera persoluenda; & nùm legatum omnium bonorum mobilium, & burgensaticorum, dici possit legatum quotæ totius, vel alterius partis.

DISP. LXXXIII.

Soror indotata, an possit fratri succedere vna cum fratre, vel matre; vel re-

quia

quiratur masculiatio, ad intellectum *Consuet. Sed si morienti in §. quod autē*

DISP. LXXXIV.

Animus compensandi cum debito necessario, vel voluntario, qui in legato præsumitur, nùm procedat in donatione inter viuos, & quibus coniecturis compensandi præsumptio excludatur.

DISP. LXXXV.

Remedium canonis reintegrandę competere hæredi spoliati, si non ex propria, sed defuncti persona experiatur.

DISP. LXXXVI.

Ex capite notoriæ iniustitiæ concedi restitutionem aduersus sententiam latam præcipuè super falsa causa; Item actionem super feudo, non transmicti ad hęredem, quàmuis vniuersalem, si non fuerit in gradu successibili.

DISP. LXXXVII.

Hæreditatem pacto dari non posse; nisi de quota hæreditatis, vel re particulari conueniatur, ad intellectum *l. hęreditas, C. de pactis conuentis, & l. fin. C. de pactis*; & quid fauore matrimonij.

DISP. LXXXVIII.

Fratrem fratri indistinctè succedere de iure Constitutionis Regni *Vt de successionibus*, stante inuestitura pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum iàm in feudo nouo, quàm antiquo, siuè descendat ex latere feudi, siuè ex altero.

DISP. LXXXIX.

Fratrem fratri non obstante clausula *Ex corpore*, indistinctè succedere tàm in feudis antiquis, quàm nouis, secundum terminos Capituli *Considerantes*, & Gratiarum nouitèr Ciuitati, & Regno concessarum.

DISP. LXXXX.

Agitur de intellectu Gratiæ nouitèr concessæ sub die 13. Agusti 1622. in beneficium fratris vterini, vel consanguinci, vt intelligatur etiam in feudis antiquis.

DISP. LXXXXI.

Licitatorem offerentem statim obligari, nec post oblationem acceptatam esse locum pænitentiæ; licet adsit in oblatione tempus præfixum infrà quod erit duratura oblatio.

DISP. LXXXXII.

Actione quantò minoris teneri venditorem, si rem vti liberam vendiderit, & illa obnoxia deindè reperiatur: quinimò ad totale interesse, si sciens oneri subiectam, pro franca distraxerit, quàmuis ad nil aliud teneri conuenerit; quasi decepisset emptorem.

DISP. LXXXXIII.

Nepotes ante nouellam Pragmaticam in Antephati proprietate succedere iure transmissionis, & sic iure hæreditario, non autem iure proprio inspecto iure Consuetudinis: licet adsit pactum, quod Antephatum perueniat ad filios vti filios, non vti hæredes, quando iàm filius successit patri, quàmuis prædecesserit matri, cum tempus paternæ, non maternæ mortis, quòad hoc attendi debeat; ad intellectum decisionis *Dom. de Franchis 106.* quàmuis secùs iudicandum de iure communi, neq; per illud pactum intelligi recessum in omnibus à Consuetudine, & recursum ad ius commune.

DISP. LXXXXIV.

Hypothecam bonorum contentam in clausula *Pro quibus omnibus obseruandis*, non existente promissione contrahentis, minimè locum sibi vindicare, cum non adsit obligatio personalis, cui addi possit; sed quid quando adest obligatio personalis inducta à lege, quæ non fuit deducta in pactum? Nonnulla etiam adducuntur ad materiam *Auth. res quæ, C. com. de legat.*

DISP. LXXXXV.

Actionem hypothecariam per aditionem, licet absq; beneficio inuentarij, non dici confusam, neq; extinctam, præcipuè respectu creditorum hæredis, etiam quod fuerit irreuocabilitèr

tèr quæsita hæreditas: neq; fructus perceptos imputari in verum creditum in præiudicium præsertim dictorum creditorum hæredis cum hypotheca, quàmuis teneatur de illis creditoribus hæreditarijs rationem reddere, actione tamen personali.

DISP. LXXXXVI.

Consensum tacitum collitigantium esse sufficientem ad prorogationem Iudicis inducendam: quotiescumq; in rescripto non fit de expresso mentio, nec requiratur pro forma.

DISP. LXXXXVII.

Laudimium deberi ratione consensus, qui præstatur alienationi; & proindè solùm domino directo, cuius consensus necessarius est in alienatione emphiteusis competere, non autem domino subalterno, sicut etiam ius prelationis, etiam quod dominus directus non concurreret.

DISP. LXXXXVIII.

Pactum affrancandi in contractu emphiteutico imprescriptibile esse, ac transire ad omnes hæredes, etiam cessionarios, & singularem successorem, nec non operari, vt habeatur ac si esset contractus emptionis, & venditionis, adeò vt nedùm denegari debeat prælatio domino directo, sed neq; laudimium illi competat, stante præcipuè oblatione pretij pro affrancatione.

DISP. LXXXXIX.

Vxorem hæredem vsufructuariam institutam nullo alio hærede relicto in vita, sed tantùm post vxoris mortem, censeri hæredem vniuersalem, & rogatam post mortem hæredi relicto, hæreditatem restituere, non quidem directo, sed per fideicommissum, secundum opinionem *Baldi:* Secùs tamen secundum sententiam *Imolæ, & Viglij*, nàm poterit hæres post mortem institutus statim non expectata morte vsufructuariæ, hæreditatem adire, & ad eius hæredes transmictere, si cum effectu adiuerit; nàm aliàs illo prædefuncto impeditur trāsmissio, & tota hæreditas iure accrescendi ad vsufructuariam pertinebit.

DISP. C.

Reuocata emptione vigore *Constitutionis, Constitut. Diuæ memoriæ*, venditorem recuperare feudum cum fructibus, emptorem verò pretium cum interesse, eiq; retentionem competere, donec ei de prædictis omnibus satisfiat.

F I N I S.

L'Illustrissimo Monsignor Vescouo di Sora veda,&c.

Gregorius Peccerillus Vic. Gen.

Vidi supradictum Tractatum in quinquaginta Disputationibus consistentē Perillust. D. Io. Francisci Marciani Regii Consiliarii,& inueni nihil contineri contra bonos mores,& fidem,ideò posse imprimi, si ità videbitur Reuerendissimo Domino meo Vicario Generali.

Felix Episcopus Soranus.

IMPRIMATVR

Gregorius Peccerillus Vic. Gen. Neap.

Fr. Ioseph de Rubeis Em. Card. Phil. Th. Consultor S. Officii. & Secr.

Excellentissime Princeps.

PErlegi vt tuis obtemperarem mandatis duo Disputationum Forensium Volumina Regii Consiliarij Ioannis Francisci Marciani digni sanè optimo, ac sapientissimo parente filij,qui singulari iure præmaturè paternam patre superstite sapientiam adiuit;imò auxit vberius,ne sine fœnore transmitteret ad Nepotes. Auo, & Patri similes,quam publicam acceperat ad vtilitatem;Solis, & Lunæ in hoc securus exemplum,qui orbi communicant vniuerso, quod præpotenti rerum omnium ab opifice Deo contraxere lucis ornamentum. Quare celeberrimas tanti viri lucubrationes in lucem euocandas pro communi omnium vtilitate, cùm nihil contra Regiam Iurisdictionem contineant,iudico. Neap. die 29. Maii 1651.

Excellentiæ Vestræ

Seruus Addictissimus

Ioannes Baptista Amendola Regius Consiliarius, & super reuisione Librorum Commissarius Delegatus.

IMPRIMATVR.

Zufia Reg. Caracciolus Reg. Capyc. Latr. Reg. Garcia Reg.

Prouisum per Sum Excellentiam Neap. die 16. Februarij 1652.

Tagliauia.



IOANNIS FRANCISCI MARCIANI

REGII CONSILIARII

DISPVTATIONVM FORENSIVM

CVM DECISIONIBVS

Sacri Regij Neapolitani Consilij, aliorumq; Supremorum Regni Tribunalium.

LIBER SECVNDVS.



SVMMARIVM.

1 *STipulatio alteri per alterum fieri nequit.*

.. Ea ratione, quia nihil interest stipulatori.

.. Nisi fortè pœnam quis sibi stipuletur, si alteri non detur.

.. Vel nisi alitèr stipulator illi subiectus sit, vt filius, vel seruus.

2 *Creditori autem suo solui validè stipulatur.*

.. Quia interest hoc debitori, ne fortè pœna committatur, vel eius prædia distrahantur.

3 *Absenti regularitèr nō quæritur actio sine cessione.*

.. Secus si interuenerit iuramentum.

4 *Iuramentum supplet præsentiam, quia Deo præstatur, qui vbiq; præsens est.*

5 *Fructus augent hæreditatem.*

.. Ideò hæres tenetur illos compensare cum eius credito.

6 *Hæres cū beneficio legis, et inuētarij nō debet esse neo in lucro, nec in damno.*

7 *Onus debet tolli à legitima: & etiam à donatione facta in causā legitimæ.*

.. Prout etiam in dote, quæ successit loco legitimæ.

.. Secus quando illius loco non subrogatur.

8 *Donata filio pro legitima, idem est, ac si ei relicta esset legitima.*

.. Adeo vt in legitimam imputetur.

9 *Onus impositū donationi pro legitima licet valeat viuente patre donante.*

.. Illo tamen mortuo non probibetur onus reÿci facere.

10 Text.in l.cùm res, C.de donat. *adducitur, & enucleatur*.

11 *Dictio* cum conditione *non importat semper conditionem, præcipuè quando venit adimplenda in futurum*.

.. *Sed potiùs erit onus, quam cōditio*.

12 *Creditoribus donantis nulla quæritur actio contra donatarium*.

.. *Sed remanet illis illæsa actio antiqua*.

.. *Etiam quod contrarium ex placito contrahentium conueniatur*.

13 *Donatarius non potest per creditores donantis cogi, sed tantùm per donantem actione præscriptis verbis*.

.. *Vel si stipulatio intercesserit conditione ex stipulatu*.

14 Text.in l.quoties, C.de donat. quæ sub modo, *in cōtrarium adducitur; sed in concordiam reducitur, & explanatur*.

15 *Actio vtilis in terminis* l.quoties, *secundo donatario quæritur, quia in eum voluit donator liberalitatem exercere*.

.. *In terminis verò* l.cum res *noluit donare, sed illis tantùm solui*.

16 *Actio secundo donatario conceditur in terminis* l.quoties, *ex æquitate alias nullum aliud remediū ei competeret*.

.. *Secus in terminis* l.cum res: *quia superest creditoribus primæua actio*.

17 *Intellectus ad* text. in l.cum res, *pro aduersario adducti refelluntur*.

.. *Non enim potest dici in* d.l.cum res, *ex benignitate dari creditoribus vtilem actionem, cùm contrarium ibidem disponatur*.

18 Text.in l.cum res, *loquitur secundū aduersarij intellectum, quādo creditor contra donantem ageret, qui exciperet de donatione cum illo pacto illis soluendi*.

.. *Non autem quando ageret contra donatarium*.

.. *Sed refellitur tamquam diuinatiuus, & littera destructiuus*.

19 Text. in l.quoties *procedit quādo eadem res, quæ donatur, alteri erit restituenda*.

.. Text. *verò* in l. cum res, *quando nō eadem res, sed aliquid extra rem venit alteri soluendum*.

20 Text. in l. quoties *ad hoc vt locum habeat, duo necessaria requiruntur*.

.. *Primū, quod eadē res donata veniat alteri restituēda. Secundū, quod adsit liberalis animus nedum cum primo, sed etiam cum secundo*.

21 *Dotans mulierem si stipuletur, dotem reddi tertio absēti, nulla actio ei quæritur, quia abest animus liberalitatis exercendæ, nàm quòad virum nō est liberalitas*.

22 *Legatum factum meo creditori, de eo, quod illi debeo, inutile est, quasi nihil ei intersit*.

.. *Tamen si fiat à tertio validum est, quia satis interest duos habere debitores*.

.. *Nihilominus oportet, quod apertè constet, legasse etiam contemplatione creditoris, ad hoc vt animus donandi intercessisse præsumatur*.

23 *Legatū huiusmodi in dubio potius fauore, et contemplatione debitoris, quā creditoris factum esse censetur*.

24 Text.in d.l.cum res, C.de donat. *nō habet locum stante iuramento*.

.. *Sed hæc opinio apertè reijcitur*.

25 *Actio non quæritur creditoribus, nisi donatarius promiserit illis soluere*.

26 *Donatarius licet ex pacto teneatur soluere creditoribus donantis, non tamen poterit ab illis præcisè compelli, sed ab ipso donante*.

27 *Actio competens secundo donatario, in terminis* l.quoties, C.de donat. quæ sub modo, *est merè personalis*.

.. *Sed ex opinione* Antonij Fabri *datur reiuendicatio, prò vt competit donanti*.



ARGVMENTVM.

Per donationem factam cum onere soluendi creditoribus alicuius, nullam illis contra donatarium acquiri actionem, ad intellectũ *l.cum res, C.de donat.& l quoties, C.de donat.quæ sub modo.*

I. M. I.

DISPVTATIO LI.

1 ALteri per alterum stipulari non posse, docet *Iustinianus in §. alteri, Instit.de inutil. stipulat.* & antè eum respondit *Vlpian. in l.stipulatio ista* 28. §.*alteri, ff.de verb. obligat.* vbi ingeniosè rationem addidit decidendi, *quandoquidèm nostra minimè interest alterum acquiri; Ad hoc enim* (inquit) *huiusmodi stipulationes, & obligationes inuentæ sunt, vt vnusquisq; sibi acquirat, quod sua interest, cęterum vt alijs detur, nihil interest stipulatoris.* quam etiam rationẽ transcripsit *Imperator in d.§.alteri, Instit. de inut. stipul.* nisi fortè pœnam quis sibi stipuletur, si alteri non detur, tunc enim non inspicitur quid eius intersit, sed quæ sit quantitas in cõditione stipulationis: Idq; nedum Iure ciuili, sed & Iure canonico cõprobatum est, vt in *cap. cum inter, & cap. seniores, de elect. & cap. non solent* 11.*quæst.*9. vbi *DD.* nisi stipulator illi subiectus sit, vt seruus, & filius, §.*si quis alij*, vbi *Gloss.in verb. iuri, Instit. eodem*, quæ pluribus hoc limitationibus declarat.

Ex prædicta autem ratione decidendi per *Vlpianum* considerata infertur, quod si quis stipuletur suo cre-
2 ditori solui, valet stipulatio, quia hoc interest debitoris, nè fortè, vel pœna committatur, vel prædia distrahãtur, quæ pignori data erãt, vt docet idem *Vlpian. in d.l.stipulatio ista, §.si stipuler in fin.* ibi, *& si creditori meo*, & cõprobat *Iustinian. in §. & si creditori suo, Instit. eod.tit.de inut.stipulat.*

Hinc sumpta occasione dicebant creditores quond. Matthęi de Capua Principis Conchæ, Magni huius Regni Admirati, forè ipsis liberandum pretium Terrarum Casarani, & Casaranelli venditarũ ordine S.C. Bartholomęo de Aquino pro duc.71.mil. exclusis creditoribus quond. Principis Iulij Cæsaris de Capua eius filij, inter quos principem locum obtinebat D.Diomedes Carrafa Magdalonensium Dux ex causa dotiũ D.Mariæ de Capua, y Pacecco eius matris.

Etenim in anno 1609. D.Lucretia Filamarina Principissa Conchæ mater præfati Principis Matthæi præmertui, ac vtilis Domina dictarum Terrarum Casarani, & Casaranelli, donauerat vigore publici instrumenti Regio assensu vallati irreuocabilitèr inter viuos ex nũnc pro tũnc sequuta morte, dicto Principi Iulio Cęsari eius ex filio Matthęo nepoti, duc. 60.mil.sup omnibus eius bonis burgensaticis, & feudalibus cum expressa tamen conditione: *quod prædictus Princeps donatarius illos ducat.60.mil. soluere haberet creditoribus dicti quon. Principis Matthæi patris:* quàm quidèm donationem duc.60.mil. deindè in anno 1611. eadem Principissa alio instrumento mediante, præsente ipso Principe donatario, ratificauerat, nec non eidem alios duc.10.mil.donauerat absq; tamen aliqua conditione, vel onere.

Dicebant igitur creditores quon. Principis Matthæi, ex huiusmodi clausula, & cõditione in dicto donationis instrumento apposita, & acce-

ptata per Principem donatariũ,fuisse quæsitum ius ipsis creditoribus super dictis duc. 60.mil. vt supra donatis. Quoniam licet quis non possit alteri stipulari,cum tamen sua intersit, valet stipulatio,præsertim quãdo stipulatur creditori solui, *d.§.si stipuler in fin. & d.§.& si creditori*, & proindè debebant ipsi præferri omnibus alijs creditoribus Principis donatarij.

3 Secundò,quoniam licet ex prædictis regularitèr absenti non quæratur actio sine cessione,*d.§.alteri,cum concord,* hoc tamen nõ procedit quando
4 interuenit iuramentũ,quia illud supplet præsentiã cũ Deo præstari dicatur,*c. etsi Christus*,vbi *DD.de iure iur.*

Tertiò,dicebant eundem Principẽ Iulium Cæsarem fuisse hæredẽ quon. Principis Matthæi patris,& absq; beneficio legis, & inuentarij percepisse maximam pecuniarum quantitatem ex fructibus dictæ hæreditatis,in qua remanebat debitor ipsis creditoribus, imò pro eis fuisse inductã compensationem cum eius prætenso credito ex causa dictæ donationis, vel
5 saltem præsumi satisfactum ex fructibus hæreditatis, qui augent hæreditatem, & ad eos tenetur hæres, ex dictis per *D.de Franch.in decis.613.post*
6 *num.17.& 18.*quia hæres cum beneficio legis,& inuentarij nõ debet esse nec in lucro,nec in damno, authoritate eiusdem *de Franch.decis.83.*

Attamen his omnibus facillimè occurrebamus ex multis,quæ in casu contingenti poterãt considerari,dùm partes Ducis sustineremus.

Et Primò, non esse ponere os in Cœlum, si conditionẽ illam, seù potiùs onus in dicta donatione appositum, soluendi quantitatem donatam creditoribus paternis, esse ab ipsa donatione reijciendũ affirmaremus: Cùm.n.illa donatio fuerit cõcepta ex nunc prò tunc sequuta morte Principissæ Auiæ donantis cõfecta in causam legitimæ portionis, ac pro omni iure, & successione illi competẽti super eius bonis, sequitur nullum onus
7 potuisse super legitima imponi, eo magis cum onus prædictum totam quantitatem donatam absorbere videretur, ad *text. in vulgata l.omnimodo, & l.quoniam in prioribus,C.de inoff.testam.*vbi *Bal.& & cæteri, Imol. in l.Titio centum,§.Titio genero,nu,15. ff.de condit.& demonstr.Soccin.in l.centurio, ff.de vulg.*ante *num.11.Gloss.& DD.in auth.nouissima, C.eod.tit.* vt videmus in dote quando succedit loco legitimæ,à quã etiã reijcitur onus,licet secus quãdo nõ subrogatur in locũ legitimę,vt post *Butric.in d.l. quoniã in prioribus*,vbi *Salic.n.4.& Vasq. num.259. & 265.* refert *Merlin. de legitima lib.3.tit.2.quæst.3,num.3.*

8 Quando enim filio donatur prò portione,& legitima idẽ est,ac si relicta fuisset, adeò vt dicta donatio imputetur,vt post *Alex. Socc. Crass. Menoch.* & alios refert idẽ *Merlin.lib.7. tit.2.quæst.29.num.36.*& melius *lib.3. tit.2.quæst.10.num.23.& 24.* vbi expressè asserit, quod licet viuente pa-
9 tre donante,valeat onus impositum, illo tamen mortuo, non prohibetur filius onus de portione eidem prò legitima assignata rejici facere,ea ratione,quia patre viuente, illa portio non habet propriũ nomen legitimæ, nec ità verè vocari potest, sed illo mortuo statim illius naturam assumit, & incipit habere priuilegia illi à lege concessa, & ideò onus ab illa portione reijciendũ erit saltim pro portione legitimæ.

Sed hoc postposito, vt ad punctum disputationis strictiùs progrederemur, certum esse dicebamus ex illo contractu donationis cum illa conditione, seù potius onere soluendi quantitatẽ donatam creditoribus Principis patris, nullum penitùs ius, & actionem fuisse quæsitũ dictis creditoribus contra Principem donatarium, eiusq; bona, & præsertim super dicta quantitate donata, ex regula superius firmata, quod alteri

per

per alterum ſtipulari minimè poſſit, neq; abſenti actionem acquiri ſine ceſſione, *d.§.alteri,cum concord.*

Neque vllo modo in caſu noſtro adaptari poterat limitatio, ex §. *at ſi creditori*, quia parum intererat Principiſſę donanti, vt creditoribus alterius, quãtitas donata ſolueretur, quia nõ proprij, ſed Principis Matthęi filij creditores erant, propterea ceſſante intereſſe non bene applicari videbatur diſpoſitio *d.§.at ſi creditori*, vbi loquitur Imperator, quando quis ſuo creditori ſolui ſtipulatur, cum ſua intererit, nè fortè pœna cõmittatur, vel prædia, quę pignori data erant, diſtraherẽtur: At in caſu noſtro, nulla pęna contra Principiſſam cõmitti poterat, nec eius bona pignori obligata erant, ſed Principis filij, vndè ex his militate videtur diſpoſitio textus notabilis
10 in *l.cũ res,C.de donat.* cuius verba cum pulchra ſint, & ad casũ ſatis pertinentia ſubnectere lubet. *Cum res filio tuo emancipato ea conditione, vt creditoribus tuis ſolueret te donaſſe proponas, ſi ſtipulatione, vel incontinenti habito pacto huic rei proſpexiſti: creditoribus quidem non contra eum ex placito veſtro, ſed aduerſus te competit actio.*
11 Ex quibus verbis colligitur; Primò, quod non per hoc, q dicatur cum conditione, erit propterea conditio, præcipuè quando venit adimplenda in futurum, ad *text.in l.męuia, ff.de manum.teſt.l.debitori*, C.de pact. *Molin. de hiſpan.primog. lib. 1. cap. 12. num. 5. & 6.* ſed erit potius onus, vt notat *Bald.in d.l.cum res*, & poſt alios *Tiraq. de re tract.conuent.§.2.num.76.& Galgan. de cond. & demonſtr. par.2. cap.3. quæſt. 6.*

Secundò, quod ex huiuſmodi contractu nulla quæritur actio creditori-
12 bus cõtra ipſum donatarium, ſed remanet illis illęſa actio antiqua, quam contra ipſum donatorem habebant vigore eorum crediti, etiã quod contrarium ex placito contrahentium fuiſſet conuentum, nam alteri per alterum abſq; ceſſione acquiſitio non datur, *d.§.alteri,Inſtit.de inut ſtipulat.* concordat *text.in l.2. C.de hared. vel act.vend. & l.hæreditatem,ff.de donat.* vbi *Gloſſ. & Bart.* notant, non poſſe
13 donatarium per creditores cogi, ſed tantùm per patrem donantem actione præſcriptis verbis, conferunt etiã notata per *Gloſſ. & Alciat.* per illum *text.in l.2.C.de pact.in verb.ſpontanea.*

Quinimò in caſu noſtro, neq; cõtra donantẽ agere actione primęua poterãt, ſicut in caſu *d.l.cum res*, ibi, *ſed aduerſus te competit actio*. quoniã ideò ibi ità decernitur, quia nimirùm illi erant creditores donãtis, & ideò benè poterãt contra ipſum experiri ex veteri obligatione. vt dixit *Bald.d.l.cũ res.* Quod pęnitùs deficit in caſu noſtro, vbi creditores nullam actionem, vel obligationem habebant contra Principiſſam, ſed contra Principem Matthęum filium, & propterea nullo modo poterant experiri neq; contra Principiſſam donantem, neq; contra Principem nepotem donatarium, ideòq; vt diximus, licet quando donator habet intereſſe, vt adimpleatur onus, & pactum, poſſit contra donatariũ agere præſcriptis verbis, vt adimpleat; imò etiam ad intereſſe, vel ſi interceſſerit ſtipulatio, poſſit agere certi cõditione ex ſtipulatu, vt refert *Salicet.in d.l.cum res*, per *text.in l.liber homo,la ſeconda, ff.de verb.obligat.* hoc tamen rectè procedit, quãdo intereſt donatoris, vt pactum, vel onus adimpleatur, prout erat in caſu illius *legis cũ res*; in qua donator habebat intereſſe pro eximẽdo ſe à creditoribus, ſecùs autem vbi donatoris nihil intereſt, vt in hoc caſu, in quo creditores nõ erant Principiſſæ donãtis, ſed Principis Matthæi filij, vt diximus.

Neq; vllo modo videbatur obſtare oppoſitio, quàm in *d.l.cum res*, faciunt *Doctores*, & præcipuè *Bald. & Salicet.* ſcilicet quod acquiratur creditoribus vtilis actio, quaſi tacitè illis etiã
14 videatur donatum, per *tex.* qui videtur

tur contrarius in *l. quoties, C. de donat. quæ sub modo*, quoniã ipsimet responsionem adstruunt, quod ideò secundo donatario per *d. l. quoties* vtilis actio quæritur, quia in eum donator
15 voluit donandi exercere liberalitatem, secus autem quando noluit illis expressè donare, sed tantùm solui, vt in *d. l. cum res*, & notat etiam optimè *Couar. lib. 1. variar. cap. 14. num. 2. in fine, vers. quorum interpretatio.*

Propterea cũ hoc casu Principissa noluerit creditoribus Principis filij donare, sed tantũ illis solui per Principem nepotem donatarium, nõ animo exercedi liberalitatem erga illos, sed potiùs fauore ipsius nepotis, vt scilicet illis soluendo feuda hęreditaria paterna libera ab illorũ nexibus possideret, sequitur nullam illis fuisse quæsitam actionem aduersus Principem donatarium, neq; procedere dispositionẽ *d. l. quoties*, vt ante alios tradit idem *Bald. & Alberic. in d. l. cum res, & Salicet. in d. l. quoties, & Couarr. d. cap. 14. num. 2. in fin.*

16 Insuper per dispositionẽ *d. l. quoties* cõceditur actio secũdo donatario ex æquitate, aliàs .n. nullũ aliud remediũ eidem competeret ad donationẽ consequendam, attamen quãdò creditores sua possunt vti actione, prò consequutione crediti agendo primęua actione, vt in *d. l. cum res*, & practicatur in hoc casu, non est cur illis nouæ actione irà faciliter subueniatur contra iuris regulas, vt alteri per alterũ quæratur actio sine cessione, vt post alios notabiliter docet *Soccin. in cons. 236. lib. 2 in princ.*

Neq; procedere possunt intellectus, qui per doctissimũ partis aduersæ Aduocatum ad *d. l. cum res* adaptari videbantur, cũ diuinatiui, & verba legis immutãtes facilè agnoscantur, & primò, quod ex quadam spe-
17 ciali benignitate Imperatoris concedatur actio creditoribus saltẽ vtilis contra donatarium, quoniam fateor, nullũ ex verbis *d. l. cum res*, colligi posse benignitatis vestigiũ, vt voluerit Imperator creditoribus saltem vtilem concedere actionem, nec contra donatariũ, neq; contra donantẽ; sed tantùm vt actionẽ primæua cõtra donantẽ, & debitorẽ vti possent: speciale tamen videtur fuisse consideratum in casu *l. quoties*, vt scilicet ex benigna iuris interpretatione, fauore exercẽtis liberalitatem, & ne secundus donatarius absens, cui nullum aliud remedium superest, suam perdat donationem, vtilis ei quæratur actio, vt dicunt omnes in *d. l. quoties*: quę quidem benignitas cessat in casu *d. l. cum res*, vbi nulla erga creditores liberalitas exerceatur, nec eis præiudicium aliquod fiat, cum illis illæsa remaneãt primęua iura, ex quibus contra donantem debitorem experiri valeãt, vndè eis neq; vtilis, neque directa contra donatarium actio conceditur ex cõditione soluẽdi apposita, nè absq; causa præiudiciũ inducatur regulæ, ꝙ alteri per alterũ stipulari nequeat, nec ius aliquod acquiri sine cessione, quę nullã aliã pręter illas per *Gloss. in d. §. alteri* adductas limitationes patiatur, ideò diuinare quidèm est asserere in casu *d. l. cum res* dari vtilem actionem contra donatarium ex benignitate, cùm de hoc nullum verbum, imò expressè contrarium decidatur.

Secundus autem intellectus non minus diuinatiuus, & destructiuus
18 videtur. Etenim quod *d. l. cum res*, loquatur, solùm quãdo creditores agere vellent contra donantẽ ipsis obligatum, qui exciperet de donatione facta cum pacto soluendi ipsis creditoribus, non autẽ quando creditores contra donatariũ experiri vellent ex illo pacto: est inquam diuinatiuus, cũ lex indistinctè loquatur, & quidèm apertis verbis, quod creditoribus nõ contra donatarium ex pacto, & placito cõtrahentium, sed aduersus donantem competit actio: neque video rationem differẽtiæ, quare dicto casu

non

non competat actio; alio autem secus: cùm indistinctè dicat Imperator contrà donatarium non competere actionem, etiam ex pacto donantis; ideò diuinatiuus etiã apertè videtur.

Fuit autem ab vno ex Dominis Iudicantibus excitatum motiuum: non versari nos in casu *d.l.cum res*, sed esse in terminis *d.l.quoties*. Dubiũ faciebat id, quod dicit *Bald.in d.l.cum res:*
19 scilicet quod quãdò eadem res, quæ donatur venit restituẽda, vel tradenda alteri, procedit *text.in d.l.quoties*, quia videtur esse onus intrinsecum: sin autem non ipsa res, quæ donatur, sed aliquid extra rem debet alteri restitui, vel solui, procedit *text.in d.l. cum res:* quæ quidem doctrina satis clarè videtur colligi ex cõtextu ambarum legum: in *d.*enim *l.quoties*, eadem res, quæ donatur primo donatario, debet restitui secundo, ideò datur secũdo donatario vtilis actio aduersus primum: in *l.*verò *cum res*, non eadem res, quæ donatur venit alteri restituenda; sed aliquod extrinsecũ; donatur enim res cum conditione vt creditoribus soluat, & sic aliud extra rem ipsam: & notatur hoc etiam per *Aretin. in cons.74.col.2.* & per *Ias.in d.§.si stipuler ad fin.de verb.oblig.* idem *Aretin.& Soccin.in l.qui Romæ, §.Flauius nu.10.ff.eod.tit.* vndè cum in casu de quo agimus, fuerint per Principissam auiam donati duc. 60. mil. cũ conditione, quod Princeps nepos illos solueret creditoribus quõdam Principis patris, & consequentèr eadem res, quæ fuit donata, illis erat restituenda, & soluenda, videtur omninò procedere dispositio *d.l.quoties*, vt scilicet dictis creditoribus vtilis actio quæratur, quod videtur etiam sentire *Card.Mantic.lib.14.tit.28.de tacit. & ambig. nu.29.* vbi allegat *Alciat.in cons.2.num.36.lib.8.* & eum refert *Episc.Rtecius in addit.ad Tiraq.de priuileg.piæ causæ priuilg.114.*

Nihilominus licet hoc verum sit, non tamen sufficiens erit ad acquirẽ-
20 dam actionẽ creditoribus: duo enim copulatiuè requirũtur, ad hoc vt locum habeat dispositio *d.l.quoties.* Primum, quod eadem res, quę donatur veniat tertio restituenda: alterum, quod id fiat animo exercendi liberalitatem nedũ in personam primi donatarij, sed etiam respectu illius tertij, cui res illa tradi debet, super qua liberalitate fundatur præcipuè dictæ legis dispositio, vndè licet eadem res debeat tertio restitui, si tamen non adsit liberalis animus etiam respectu illius tertij, non procedet dispositio *l.quoties*, ità sentit *Bart.& Bald. ibidẽ, & Salic.Fulgos.cęteriq;*, & optimè *Couarr.d.cap.14.lib.1.var.sub num.2.* vbi ideò recedit ab opinione, & interpretatione *Aretin.& Soccin.* dicens illam apud se magnam habere dubitationem; nàm *text.in l.cum res* non agit de exercitio liberalitatis relatæ in alterum absentem, sed de soluendo ære alieno absenti debito, & appositissimè etiam obseruat videndus subtilissimus *Caldas receptar.sentent. cap.1.* vbi expressè hæc duo copulatiuè necessaria esse fatetur, ad hoc vt illi tertio vtilis actio acquiratur; & tenuit etiam idem *Mantic.d.tit.28. num.25.* vbi asserit, quod si is, qui dotat mulierem, stipuletur soluto matrimonio dotem reddi tertio, tũc enim nulla ei actio acquiritur, quia cessat
21 æquitas *legis quoties*, & fauor exercẽtis liberalitatem, quia quoad virum liberalitas dici nõ potest, cum detur pro oneribus matrimonij, *l.pro oneribus, C.de iure dotium*, & allegat *Bald. nouell.de dote par.6.priuil.22.*

Vndè cum in hoc casu, licet eadẽ quantitas donata Principi esset soluenda creditoribus, tamen dùm quoad illos cessat liberalitas, & donandi animus, non habebit locum *text. in d.l. quoties*, quæ præsertim super huiusmodi liberalitatis fauore fundatur. Noluit enim Principissa donatrix erga illos liberalitatem exercere, sed tantùm voluit illis solui, quod eis

eis debebatur, si enim creditores nō fuissent, certè eis solui non mandasset, vndè deficit donandi voluntas, & solùm contemplatione, & fauore ipsius Principis illud onus apposuisse colligitur, vt ab illorum creditis redderetur immunis, vt diximus.

Neq; etiam obstare videtur, quod denuò nō minus doctè replicabatur: adesse hic etiā liberalitatis demonstrationem respectu creditorum, cùm saltèm non parùm, illis intersit duos habere reos obligatos: Et proindè licet legatū (quod etiam donatio est)
22 factum meo creditori, de eo quod illi debeo, inutile sit, quasi nihil illius intersit, vt habetur in *l. si cui 55. §. si Titio, ff. de legat.* 1. quando tamen legatum fit à tertio de eo, quod Titio, à Sempronio debetur, valet legatum, per *text. in l. 4. §. consequentèr, ff. de liber. legat.* vbi *Iulianus* scribit, & *Marcellus* notat, *satis interesse creditoris duos habere debitores*, & ideò videtur hoc casu adhùc liberalitas exerceri.

Quoniam licet hoc verum sit, non tamen sufficit, sed requiritur, quod apertè constet, testatorem legasse etiā cōtemplatione creditoris, aliàs enim ex illo solo, quod intersit creditori plures habere reos obligatos, non sequitur fuisse animo donandi legatum factum, & proindè neque tunc dispositio valebit, ità optimè notat *Gloss. in d. §. consequentèr, in verb. creditoris*, & in *verb. duos reos, ff. de liber. legat.* & in *d. l. si cui, §. si Titio, in verb. nō valet, in 3. solut.* vbi ità respondet ad *d. §. consequentèr*, quæ *Gloss.* opinio cōmunitèr ab omnibus approbatur, vt notabilitèr refert, & sequitur *Ruin. in cons. 148. num. 9. vol. 2.*

23 In dubio autē legatum huiusmodi potiùs fauore, & contemplatione debitoris, quam creditoris factum censetur, vt docet *Bart. in d. §. consequentèr*, per *text. in l. fideicommissa, §. interdum, de legat. 3.* sequitur *Ruin. in d. cons. 148. num. 9. & cons. 30. nu. 5. eodem volum. 2.* & refert *Menoch. libro 4. præsumpt. 164. num. 26.*

Vndè cū in hoc casu minimè constet donationem, siuè onus soluendi creditoribus fuisse appositum eorum contemplatione, & animo exercendi erga illos liberalitatem. Quinimò contrariū; nempè fauore ipsius Principis donatarij, vt ex verbis eiusdem donationis apparet, sequitur deficere necessarium requisitum, ad hoc vt locum habere possit dispositio *d. l. quoties*; & ideò procedere debeat *text. in d. l. cum res, C. de donat.*

Insuper neq; obstat alia aduersæ partis responsio, *text.* scilicet *in d. l. cū*
24 *res* non habere locū stante iuramento in donatione apposito, ex *Thesauro* quem allegat *in decis. 70.* quoniam nec *Thesaurus* hoc dicit, neque vllus quē adhuc viderim hoc affirmat, imò potius contrarium, cum iuramentum reguletur secundum naturam actus, super quo interponitur, vndè sicut absenti non quæritur actio sine promissione, & acceptatione, vt in sequenti demonstrabimus, ità etiam stante iuramento, nisi acceptatio, vel saltem promissio intercesserit, vt dicit *Salon de Pace in cons. 14. nu. 21.* post alios in sequenti allegandos. Et ideò decisio *d. l. cum res* etiam stante iuramento rectè procedit in casu nostro, vt superiùs fundauimus, & tradit etiā latissimè iuxta morem *Tiraquell. de retract. §. 1. gloss. 2. num. 116. fol. 331.* & refert optimè *Soccin. in cons. 36. lib. 2.* & *Stracca de decoct. part. 5. num. 9.* vbi apertè asserit, quod si quis vendat prædium ea lege, vt suis creditoribus soluat, creditores illi non possunt recta via contra emptorem absq; cessione actionis agere per *d. l. cum res*, & sequitur benè *Marta decis. Pisan. voto 48. num. 1. & 2.* ità etiam decisum refert *Carocc. in decis. 145. sub num. 3. vers. idque verum*, vbi asseuerat, quod nisi donatarius etiam
25 omnium bonorum, qui quodammodò habetur loco hæredis, expressè in contractu donationis promiserit debita

bita

bita donantis soluere, ipsi donanti competit actio, prò obseruantia contractus, non autem creditoribus per *d.l.cum res*.

Sic quoq; profitetur *Boer. in decis.* 204. *num.*42. *in fine*, vbi dicit, quod etsi donatarius ex pacto teneatur soluere creditoribus donantis, non tamen poterit ab illis præcisè compelli, sed ab ipso donãte per *d.l.cum res*, quod tamen ipsemet *num.*43. limitat ad euitandum circuitum, per *text. in l.dominus,de cond.indeb.* & in hoc cõcordat cum *D.de Franch.in decis.*273. qui circuitus cessat in casu nostro, cùm nequeant creditores agere contra Principissam donantem; & hanc etiã opinionem optimè sequitur *Anton.Amat.resol.*58.*num.*3.*lib.*2.

Cæterum quatenùs citrà veri prejudicium concedere velimus, versari circà terminos *d.l.quoties*, *C.de donat. quæ sub modo*, ità vt ex æquitate prædictis creditoribus dici posset aliquo modo actio quæsita, quod expressè negamus. Nihilominus secundum opinionem, & forsan communem,

27 certum est actionem, quæ ex dispositione *d.l.quoties* secundo donatario acquiritur, non esse nisi merè personalem contra primum donatarium, eiusque hæredes, ad hoc vt ipsi restituatur res, quam ille sub hoc modo, vel pacto recepit, nullã tamen actionem realem, neq; directam, neq; vtilem illi acquiri, vt post *Gloss. Cyn. Alber. Bart. Bald. Angel. Fabr. Salicet.* & alios refert optimè *Anton.Gomez in l.*40.*Tauri num.*26. adeò vt si res illa sit penès tertium possessorem, nulla tunc daretur actio secundo donatario, neq; personalis, neq; realis, vt per eundem *Gomez num.*28. *vers. idem, adde*, & optimè etiam dixit doctissimus *Couarr.lib.*1.*variar.cap.*14. & sic decisũ refert *de Franch.decis.*74. *Magon. decis.Florent.*71. *num.*7. & *decis.* 102.*nu.*16. & *decis.Lucens.*38. *nu.*29. & benè *Gratian.discept.foren.cap.*332. *num.*8. & *seq.* & *num.*18. & 19. post *Molin.lib.*3. *de Hispan.primog.cap.*12. *num.*2. & *P.Molin.tract.*2.*disput.*265. *num.*5. *Cald. d.lib.*1. *quæst.*1.*num.*11. *Ger.Spin.consl.*49.*num.*7. & *cons.*50. & 51. *Facchin.lib.*8.*controuers.cap.*88. & 206. & *Dominus Præses Merlin.lib.*1. *controuers. cap.*60.*num.*6.

Quàmuis contrarium tenere videantur *Specul.Dec.Ripa*, & cęteri per *Mart. voto* 49. & subtilissimus *Faber de errorib.pragm. decad.*47.*error.*8. vbi tenet, quod detur reiuẽdicatio, proùt competit donanti, & idem Dominus *Præses Merlin.d.cap.*60. cæteriq; quos allegat doctissimus *Arias de Mesa Reg. Consiliar. & in Neapolitano Liceo primariæ Cathedræ Iuris Ciuilis Interpres lib.*3.*variar. cap.*50. *à num.*24. *cum seqq.* qui in hac causa vti vnus ex Iudicibus adiunctis votauit, & de ea ibidem longam facit mentionem.

Et ideò quàmuis aliqua prædictis creditoribus sm terminos *d. l. quoties* acquisita diceretur actio, cũ illa tantùm personalis esset iudicanda, nequirent creditores concurrere cum creditoribus donatarij, qui hypothecariam obtinent actionem. Cætera in sequentibus.

SVMMARIVM.

1 *Iuramentũ partis supplet præsentiã, ideòq; absenti cuius interest ius, & actio etiam sinè cessione acquiritur.*

2 *Iuramentum præstatur Deo, qui vbique est.*

.. Et propterea quęritur absẽti actio.

.. Saltem ad euitandum circuitum.

3 *Ex instrumento in forma Cameræ sëper quæritur absenti actio, quia adest iuramentum.*

.. Iuramẽtũ enim habet vim iudicij.

3 *Actio sine cessione quæritur ex stipulatione iudiciali.*

5 *Ex cõstituto, & precario absq; alia discussione principalis contra tertium agi potest.*

6 *Nomina debitorũ sub hypotheca comprebenduntur.*

7 Nota-

7 *Notarius potest alteri stipulari ratione sui officij.*
..Et ex ea quaeritur actio absēti sine cessione.
..Prout etiā si fiat praesente Iudice.

8 *Actio absenti per iuramentum quaeritur, quia per eum suppletur praesētia.*
..Sed requiritur saltem promissio fauore absentis, imò & acceptatio.

9 *Iuramentum nō supplet promissionem, & acceptationem.*

9 Gloss. *opinio* in can. quoties cordis oculus 1. quaest. 7. *à multis non admittitur.*
Sed latè explicatur.

11 *Actio ad hoc vt per iuramentum quaeratur absenti, requiritur primo, vt praecedat promissio facta praesenti de soluendo absenti.*

12 *Verbum promitto, cum dirigitur praesenti, importat stipulationem.*

13 *Actio vt quaeratur absenti per iuramentum requiritur secundo, vt promissio dirigatur in praesentem, exequutio verò in absentem.*
..Aliàs si omnia dirigātur absenti, nulla ei quaeritur actio, quia eo casu non videtur interuenisse stipulatio.

14 *Confessio simplex in fauorem absentis etiam de iure canonico non tenet.*

15 *Doctores, qui de hac actione acquirenda absenti per iuramentum, loquuntur, semper praesupponunt stipulationem factam.*

16 *Stipulatione, vel promissione non existente, nulla quaeritur actio absenti, etiam si iusiurandum intercedat.*

17 *Respōdetur Doctoribus ex aduerso allegatis, & signantèr* Affl. decis. 135.

18 *Delegatio necessariò praesupponit stipulationem.*

19 Ruin. *doctrina* in cons. 180. num. 12. lib. 1. *declaratur secundùm* Alex. *quem allegat, qui loquitur stante stipulatione.*

20 Cons. Card. Paris. 12. lib. 2. *explicatur.*

21 *Consensus expressus vbi requiritur ad obligandum, non sufficit sola praesentia, sed requiritur acceptatio.*

22 *Confessio iurata idem operatur quod confessio in iudicio.*
..Quia iuramentum vim iudicij habet.
..Et ideò ex confessione iudiciali quaeritur actio absenti etiam sine cessione.
..Sed hoc procedit, si fuerit acceptata, vel si expressè constat Iudicem nomine absentis acceptasse.

23 *Confessio etiam praesente parte non tamen acceptante, actionem non parit.*

24 *Verbum promitto, licet importet stipulationem, tamen hoc procedit inter praesentes, secus inter absentes.*

25 *Lex vbi praesumit factum, praesumit etiam sollemnitèr gestum.*

26 *Notarius licet possit stipulari pro omnibus, quorum interest ratione sui officij, hoc tamen intelligitur quando à partibus rogatur, vt stipuletur pro absente, aliàs illi non quaeritur actio.*

27 *Fictiones plures inducerentur, si virtute iuramenti stipulatio pro absente praesumeretur.*

28 *Iuramentum censetur appositum ad fauorem principalitèr contrahentis, non autem tertij absentis, pro quo nemo stipulatus est.*

29 *Iuramentum est vinculum personale non solùm ex parte iurantis, sed ex parte eius, cui iuratur, vt non alijs prodesse debeat, nisi illi, cui iuratum est, eiusque successoribus vniuersalibus.*

30 *Iuramentum quàmuis secundum opinionem* Rotae *suppleret praesentiam partis, & firmaret promissionem absenti factā etiam Notario pro eo non acceptante nec stipulante, tamen necessariò requiritur promissio in ipsius absentis beneficiū, aliàs non operatur.*

31 *Ex clausula* prò quibus oībus obseruandis obligauit se, & bona omnia *praesumitur donatarius promisisse soluere absentibus, quibus in donatione aderat soluendi conditio.*
..Aliàs inutilis esset obligatio donatarij, & ideò ex illa tacita promissione ex obligatione resultante acquiritur

tur

tur absentibus, actio nedùm personalis, sed hypothecaria.

32 *Donatarius simplicitèr donationem acceptãs, licet cũ aliquo onere, quàmuis pro obseruãtia promissorũ obliget se, & bona sua, nõ perindè quæritur ex illa obligatione actio in beneficiũ illorum, quibus nihil fuit in contractu promissum.*

..Secus tamen est, si donatarius promittat soluere, & deindè obligat se, & bona sua.

33 *Clausula in exequutiuis non alterat, neq; auget substantiam obligationis.*

34 *Clausula hypothecæ in exequutiuis posita non extendit principalem obligationem.*

..Sed solùm addit robur obligationi iàm factæ.

35 *Obligatio bonorum tanquam accessoria ad personalem ab illa regitur, adeò vt si inefficax sit personalis, ita erit hypothecaria.*

36 *Consensus obligatiuus, & tacita promissio non censetur inducta ex onere soluendi creditoribus in donatione iniuncto, & acceptatione, & obligatione sequuta.*

37 *Acceptatio simplex nõ habetur pro consensu habili ad obligandum.*

38 *Emptor rei emphyteuticæ etiam cum expresso onere soluendi canonem directo domino, non tamen tenebitur actione personali ad soluendum, sed tantùm directus dominus hypothecaria super re agere poterit.*

..Nisi tamen emptor expresè promisisset soluere, vel nisi per aliquod tempus soluisset, quia teneretur ex quasi contractu.

..Vel etiam fauore Ecclesiæ, & piæ causæ.

39 *Donatarius quàmuis acceptauerit donationem cum expresso onere soluendi creditoribus donantis, si tamen expresè non promittat, & se obliget soluere illis præsentibus, vel absentibus cum stipulatione Notarij non poterit à creditoribus cogi directè, nec via exequutiua, quia nulla actio fuit eis quæsita, sed benè via ordinaria per donantem.*

40 *Onus, & conditio respiciens commodũ donatarij, si non adimpleatur, nõ per hoc reuocatur donatio.*

..Quia tunc non dicitur causa finalis, sed impulsiua donationis.

41 *Causa expressa dicitur finalis, & excludit omnem alium præsumptionẽ.*

42 *Pactum vt alteri detur, non est pactum, præcipuè respectu illius tertij, cui neque per iuramentum actio quæritur.*

43 *Pollicitatio requirit consensum offerentis tertio absenti.*

ARGVMENTVM.

Actionem minimè acquiri absenti ex onere illi soluendi in donatione apposito; si donatarius nihil expresè promittat, quàmuis simplicitèr donationem cum onere acceptet, & iureiurando intercedente se obliget adimplere promissa.

I. M. I.

DISPVTATIO LII.

1 VVlgatum illud, sed non benè intellectum Axioma; Iuramentum scilicèt, partis supplere præsentiam, ideoquè absenti cuius interest, etiam absquè cessione, ius, & actionem acquiri, quotidiè per omnium ora allegari, nemo est qui nesciat. Idquè per creditores qu. Principis Conchæ Matthæi de Capua, contrà creditores Principis filij, de quo in præcedenti tractauimus

mus secũdo loco obijciebatur; Quia
cùm iuramentum Deo præstari dica-
2 tur, qui vbiq; præsens est, cap. debito-
res, & cap. & si Christus, vbi DD. de
iureiur. non mirum si partis præsen-
tiam supplere dicatur, l. properandum,
§. sin autem reus, C. de iudic. & c. 2. de
arbitris in 6. Alex. & Iason in l. stipu-
latio ista, §. alteri, ff. de verb. obligat. cæ-
teriq; qui omnes mouentur per do-
ctrinam Glos. in can. Quoties cordis
oculus 1. q. 7. vt per Alex. in cons. 185.
num. 8. lib. 6. & cons. 207. num. 2. lib. 7.
Ruin. cons. 180. lib. 1. Seraphin. de priuil.
iuram. priuil. 25. Afflict. decis. 135. sub n. 5.
vers. item non obstat, quem relegen-
dum aduertit pars ex aduerso, quia
inquit claudit os aduersarijs, Barz.
decis. 26. sub num. 12. Bertazzol. de
claus. instrum. 33. Glos. 6. num. 5. The-
saur. decis. 70. nu. 8. vers. sed contrariũ,
& vers. Præterea, vbi nedũ certæ per-
sonæ, sed etiã incertæ de incertis ius
acquiri fatetur, vbi certitudo tamen
aliquo futuro euẽtu verificanda ve-
niat, ex Bart. in l. quidam relegatus, ff.
de reb. dub. Gabr. cons. 103. nu. 16. lib. 1.
Bursat. in cons. 118. num. 4. & 5. lib. 1.
Rota Romana corã Ludouisio decis. 97.
& Anchar. Regiens. quæst. famil. 38. Et
hoc saltem ad euirandum circuitum,
ad notata per Dom. de Franch. in de-
cis. 273. cui concordat Boer. deci. 204.
facit Honded. in cons. 25. num. 2. lib. 2.
vbi asserit semper absenti actionem
acquiri, quando instrumentum fuit
3 in forma Cameræ, in qua iuramentũ
interuenit, conferunt relata per Ro-
man. in cons. 76. in princ. post Bald. in
l. pactum quod dotali, C. de pact. vbi ra-
tionem assignat, quia iuramentum
habet vim iudicij, & ideò non mirũ,
si ex eo quæratur actio sine cessione,
4 dum ex stipulatione iudiciali, actio
etiã sine cessione acquiratur, ex Ruin.
& Bursat. in d. cons. 118. & Gabr. cons.
103. num. 16. vol. 1. Et proindè nedũ
personalem fuisse ipsis creditoribus
actionem quæsitam, sed etiam hypo-
thecariam contendebant, cum con-
5 stituto, & precario, per quod absque
alia discussione principalis cõtra ter-
tium agi permittitur, præcipuè cùm
ipse Princeps donatarius pro obser-
uantia promissorum, & pro illis om-
nibus obseruandis obligauerit se,
suaq; bona omnia, quæ hypotheca-
riam actionem inducunt, etiam super
hoc nomine debitoris, siuè super his
quantitatibus donatis, ad tex. in l. no-
men 4. col. fin. C. quæ res pign. oblig. poss.
& concludit Capyc. in dec. 78. sub nu. 3.
vbi dat hypothecariam vtilem.

Attamen hæc omnia, parùm etiam
obstare dicebamus; Equidem vt in
præcedenti diximus: regula est nemi-
nem alteri stipulari posse, ex text. in
d. l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.
& §. alteri, Instit. de inut. stipul. etiam
de iure canonico d. cap. cum inter, &
cap. seniorem, de elect. refert Surd. in
decis. 132. num. 7. & Gratian. discept. fo-
rens. cap. 49. cum seq.

Limitatur nihilominus inter alias,
casu quo Notarius ratione sui officij
pro absente stipulatur, tùnc enim
quia Notarius vti persona publica
potest pro omnibus quorum interest
stipulari, quæritur actio absenti, vt
habetur in l. 2. vbi Bart. ff. rem pupill.
salu. for. d. l. stipulatio, §. si stipuler, vbi
Gloss. Ias. & cæteri. ff. de verb. oblig. in
tantum vt licet in alijs, vt quæratur
actio necessaria sit cessio actionum, vt
habetur in l. possessio quoque, §. si posses-
sio, de acquir. possess. & notatur in d. §.
si stipuler, & hoc procedat etiam de
iure canonico secundum opinionem
Imolæ in cap. cum cõtingat, de iure iur.
magna tamen est cõtrouersia in No-
tario stipulante pro absẽte, an requi-
ratur cessio, vt absenti actio quæratur,
de quo larè Anton. Gabr. de verb. oblig.
conclus. 1. num. 95. & post. cum Beltra-
min. in addit. ad d. decis. Ludouis. 97.
Hinc etiam quando confessio, vel re-
nunciatio fit præsente Iudice, acqui-
ritur etiam absenti actio, quia Iudex
publica etiam persona dicitur, vt per
Roland. in cons. 14.

Hæc

Hanc autem præsentiã quãdo alius præter Notarium pro absente stipu-
8 latur, suppleri per iuramentum, videtur voluisse *Gloss. in d. can. quoties cordis oculus* 1. *quæst.* 7. quia præstatur Deo, quivbiq; præsens est, *d. cap. debitores, & cap. at si Christus, de iure iur.* & prosequuntur omnes *DD.* in contrarium allegati. qui omnes præsupponunt stipulationem, & acceptationem pet aliũ factam absentis nomine, vel quod saltẽ adsit promissio fauore absentis.

In his enim casibus licet de iure ciuili, & canonico, vt supra diximus, nulla quæratur actio absenti, cùm alter alteri stipulari nequeat, *d. §. alteri,* suppletur tamen per iuris iurandi re-
9 ligionem: Sed quod iuramentum suppleat nedum partis præsentiam, sed etiam promissionem, & acceptationem nomine absentis, hoc non dicunt *Doctores*, quinimò in specie cõtrarium, vt post *Alciat. d. cap. cùm contingat*, *num.* 335. *de iure iur.* & alios tenuit optimè vidændus *Gabr. in cons.* 165. *num.* 8. *&* 9. *lib.* 1. vbi ità limitat hoc vulgare dictum, quem sequitur in puncto *Honded.* licet à parte allegatus in *d. cons.* 25. *num.* 26. *lib.* 2. conferunt dicta per *Gratum cons.* 25. *colum.* 2. *vers. maturius verò*, *lib.* 2. *& Corn. in cons.* 129. *nu.* 23. *ad finem lib.* 2. vbi licèt interuenerit iuramentum, vt ipsemet refert *num.* 13. quia tamen non aderat acceptatio Notarij, siuè alterius, nomine absentis, inefficacem fuisse donationẽ, asseuerat, & sequitur *Seraphin. priuil.* 24. *num.* 5.

10 Vndè quàmuis admittenda esset opinio *Glossæ in d. can. quoties cordis,* quæ tamen non admittitur per *Gabr. in cons.* 112. *nu.* 7. *lib.* 1. *Ias. in authent. sacramenta puberum, C. si aduers. vend.* quẽ sequitur optimè *Corn. in cons.* 211. *num.* 3. *& per tot. lib.* 3. *Anton. Gabr. d. conclus.* 1. *de verb. oblig. num.* 71. latè *Felin. in proœm. decretal.* & refert *Thesaur. d. decis.* 70. *num.* 8. *vers. verum*, nescio tamẽ an aliquod deduci possit applicabile aduersus nostram quam tuemur sententiam.

Etenim *Gloss.* nil aliud dicit, nisi quod si ego promitto tibi, me daturum Titio absenti decem, teneor de iure canonico, sed quia hæc assertio nõ videbatur tuta, nàm etiam de iure canonico alter alteri stipulari nequit, argumento à speciali in *cap. quamquam, de vsur. in* 6. *& d. cap. cùm inter, de elect.* & latè *Vasq. de success. creat.* §. 30. *nu.* 36. *& seq* ideò subdidit *Glos.* maximè si interuenerit iuramentum.

Ex dictis ergo per *Gloss.* plura videntur colligi. Primum, quod ad hoc
11 vt per iuramentũ acquiri possit actio absenti, necessè est, vt præcedat promissio facta præsenti de soluendo alteri absenti, & consequentèr præsupponit *Gloss.* stipulationem, nàm ver-
12 bum *promitto* cùm dirigitur pręsẽti, importat stipulationem, *l.* 1. *C. de contrab. stipulat.* quia vt dicit *Imperator in §. si scriptura, Instit. de inut stipulat.* quando adest verbum *promitto*, pręsumitur præcessisse interrogationẽ, & consequentèr præsumitur stipulatio, vbi *Gloss.* & ideò quia simplex stipulatio alteri facta non valet etiam de iure canonico, stante tamen iuramento validatur, quia pręstatur Deo, qui vbiq; præsens est, & supplet præsentiam.

Secundũ, quod colligitur est, quod
13 oportet verba promissiua dirigi in præsentẽ, exequutiua verò in absentem, aliàs si omnia dirigantur in absentem, nulla illi quæritur actio, quia eo casu non videtur interuenisse stipulatio, nec qui absẽtis nomine promissionem acceptet, ità prædictam *Glossam* declarat *Abbas Panormit.* optimè *in proœm. decret. nu.* 25. vbi semper præsupponit, quod adsit persona, cui fiat obligatio pro alio absente, quod corroboratur per doctrinam eiusdem *Abbat. in cap. si cautio, num.* 6. *extra de fide instrum.* vbi asserit doctrinam *Gloss. in d. cap. quoties cordis* nõ procedere quando quis dixerit co-

ràm tertio se velle dare, vel debere
Sempronio decem, quia per illa ver-
ba,quæ non diriguntur in præsentem,
non oritur obligatio neq; naturalis,
neq; ciuilis: secus si dixerit promitto
tibi,quod dabo Sempronio decem,
quia tunc valebit promissio, si iura-
mentũ interuenerit; sed addit,quod
si is,cui promittitur,non habeat inte-
resse,neq; hoc casu directa actio quę-
retur absenti, & ità declarat illam
Glossam, & ideò notabilitèr dixit
14 etiam *Alexand.* quod simplex con-
fessio in fauorem absentis, etiam de
iure canonico nõ tenet, & requirun-
tur verba dispositiua, & inductiua
obligationis, vt in *cons.*180. *num.*7.
*volum.*2.

Idcircò omnes ferè *Doctores*, qui
de hac re loquuntur, semper prę́sup-
ponunt stipulationẽ factam per ali-
quem nomine absentis, quæ sine iu-
15 ramento non valeret per *d.§.alteri*,&
sub hac hypothesi formant quęstio-
nem,vt *Seraphin.priuil.*24.*&* 25.*Ale-
xand.cons.*31.*nu.*6.*lib.*6.*Rub.Alexan-
drin. cons.*117.*nu.*9.*vers.iuramentum*,
& benè *Soccin.iun. in cons.*118.*nu.*16.
*lib.*2.& innumeros allegat *Gabr.d.cõ-
clus.*1.*de verb.oblig.num.*69. (licet pro
contraria parte allegetur) & *Anchar.
Regiens.d.quæst.*38.*num.*6.*lib.*1.

Sed quando non adest stipulatio,
nec promissio, nulla quæritur actio;
16 neq; hoc casu aliquid operatur iu-
ramentum, vt optimè post prædictos
fundat *Salon de Pace in cons.*14.*nu.*21.
vers.procedit, *Hieron.Gabr.d.cons.*112.
*num.*3.*&* 8. & omninò videndus *Ge-
rius Spinus in cons.*16.*nu.*99. vbi hoc
impossibile esse fatetur, vt solùm iu-
ramentum alicuius iuris acquisitio-
nem in beneficium absẽtis operetur.

Et ità etiam loquũtur omnes *Do-
ctores* ex aduerso allegati, & præci-
puè *Afflict.* in quo pars magnum fa-
17 ciebat festum in *decis.*135.ibi enim
ne dùm præsupponitur promissio de
non extrahendis auellanis sub pœna
in beneficium absentis,cui fuerat per
Regem hoc inhibendi priuilegium
concessum; sed adfuit etiam stipula-
tio Notarij pro absẽte, vt legitur sub
*num.*5.*vers.idem quia Notarius*, vndè
quid mirùm, si absenti fuerat quæsi-
ta actio vigore iuramenti.

Ità etiam loquitur *Barzius in decis.
Bonon.*26. ex aduerso allegatus,nàm
præsupponit promissionem, & stipu-
lationem, vt legitur in nota facti, *&
num.*10.*cum seqq.*

Bertazzol. autem *dict. clausula* 33.
gloss. 6. *numer.* 5. loquitur quando
adest promissio, siuè delegatio in
18 beneficium absentis, quæ delega-
tio necessariò requirit stipulationem,
vt dicit ipsemet *gloss.*5.*num.*5.& ideò
subiunxit, quod si intercesserit iura-
mentum, quæritur absenti actio, &
allegat *Ruin. in cons.*107.*num.*49.*&
seq. lib.*3. qui loquitur stante promis-
sione.

*Hieron.Gabriel in cons.*103.*num.*16.
*lib.*1.in istis etiam terminis consuluit
subdens, quod sicut Ecclesiæ quæri-
tur per alium vtilis actio, ità etiam
videtur æquum vt quæratur ei, cui
altero pro eo stipulante promissum
est cum iuramento, ex *Gloss. in d. can.
quoties cordis*.

Sic etiam profitetur *Bursat. in d.
cons.*118.*nu.*4.*&* 5.*lib.*1.*& Thesaur.
d.decis.*70.*num.*8.*vers.sed contrarium*,
& vers.prætereà, quinimò *num.*8. in-
quit,nonnullos contrarię esse opinio-
nis,vt neq; mediante promissione, &
stipulatione ex iuramento, quæratur
actio absenti.

Et quàmuis *Ruin.in cons.*180.*n.*12.
19 *lib.*1.tenere videatur,vt virtute iura-
menti quæratur absenti actiò etiam
Notario nõ stipulante,nec acceptan-
te pro absenti,& alleget *Alex. in d.l.
stipulatio*, *§.alteri*, & hoc etiam licet
dubitantèr videatur tenere *Peregrin.
de fideicom. art.*51.*num.*3. contra *Ga-
briel.d.cons.*112.*& Alex.in d.cons.*185.
*num.*8.*vers.quinimò*, *lib.*6. nihilomi-
nus *Alexand.in d.§.alteri* prę́supponit
stipulationem, ibi: *sed an ille, cui sti-*

pulatus

pulatus sum, & tùnc licet sit regula, ꝙ nõ quęratur actio, fallit tamẽ virtute iuramẽti, etiã Notario minimè acceptante ptò absẽte dũmodò adsit promissio, siuè stipulatio, vndè debet intelligi iuxtà doctrinã, quã allegat secundùm *Bart. in l. non solum, §. liberationis. num.* 10. *ff. de liber. legata.* Ideò cum *Gloss. in d. can. quoties cordis* & cęteri, quos in contrarium allegantur, loquuntur in terminis, quando quis promittit Titio præsenti, se daturum Sempronio absenti cum iuramento, & consequentèr præsupposita stipulatione, & acceptatione ex verbo *promitto*, non potest illorum opinio procedere, authoritate penitùs destituta.

Hinc præter superiùs allegatos, qui ità intelligunt doctrinam *Glossæ* addimus eundem *Alex. in cons.* 208. *in princ. vol.* 7 vbi ità declarat, quod in *cons.* 207. *num.* 2. pro contraria parte dixerat, vt. s. procedat quãdo fuit facta stipulatio præsẽti pro alio absenti, item *Beroum in cons.* 164. *num.* 16. *lib.* 1. vbi expressè asserit, ꝙ ad hoc vt opinio *Glossæ* eiusq; assectarum locũ obtineat, necessè est, vt verba promissiua dirigantur in præsentem, & verba exequutiua in personam absentis, ex *Abbate in d. cap. si cautio, num.* 6. secus si verba promissiua essent etiam in absentem prolata, vel impersonalitèr, quod idem esset, quia tùnc nulla quæreretur actio absenti, benè etiam *Couar. in cap. quàmuis, in* 2. *par.* §. 4. *num.* 7. & 8.

Et optimè etiam addimus videndũ *Sim. de Pret. in cons.* 99. *à n.* 30. *vers. insuper, vsq; ad n.* 35. vbi respondet etiã contrarijs, & deniq; *Cardin. Paris.* cõ-
20 trariæ opinionis acerrimum assertorem, qui hanc veritatem tandem, vel inuitus confessus est in *cons.* 12. *lib.* 2. vbi dùm in principio consilij sub nu. 10. argumẽtatus esset ex conuentione habita inter fratres vbi erat expressè iniunctum onus soluendi creditoribus, fuisse illis quæsitam actionem, etiam nemine pro illis acceptante, vigore iuramenti desuper interpositi ex rationibus supra narratis, nihilominus illis non obstantibus *num.* 108. & 109. tenet contrarium, dùm nullus pro eis fuit stipulatus, & ideò videtur decisio in terminis terminantibus.

Neq; officiũt rationes illæ, quibus prædicti Doctores mouentur, nimirũ quod Deus suppleat præsentiam absentis, quia ipse vbiq; est; nàm vt diximus, omnes loquuntur in terminis stipulationis, quæ præsupponit promissionem, & acceptationem; & ideò neque sufficeret sola præsentia, nisi
21 etiam intercesserit acceptatio, vbi enim requiritur consensus expressus præcipuè ab obligandum, non sufficit sola præsentia, ex regula *l. qui tacet, de reg. iur.* & *Felin. in cap. cùm omnes, col.* 7. *de constit.* faciunt notata in *l. filiusfamilias §. inuitus, de procur. l. quæ dotis* 34. *ff. solut. matr.* vbi *Barbosa à num.* 151. quantò minus igitur deficiente nedum acceptatione, sed etiam promissione.

Quod satis optimè etiam corroborari videtur à simili: Iuramentum enim habet vim iudicij, & idem operatur, *l. sed etsi, §. ex quibus, de iudic. l. nàm, & postea, §. si is qui, de iure iur.*
22 ideò sicut confessio facta in iudicio valet, & ex ea acquiritur actio parti absenti, quia in iudicio quasi contrahitur, *l.* 3 *ff de pecul.* & *Glos. in cap. fin. de conf. ff* eodem modo debet iudicari de confessione iurata: quo argumento vtitur etiam pars, authoritate *Romani in cons.* 75. *in princ.*

Sed hoc benè procedit quando confessio fuerit per partem acceptata, aliàs non iuuat, nisi expressè constet, Iudicem acceptasse nomine partis absentis, supplendo illius præsentiam, vt per *Felin. in d. cap. si cautio, sub*
23 *num.* 23. *vers. sed nota*, imò si confessio facta fuerit etiam pręsente parte, non tñ acceptante, neq; pręiudicabit, neq; ex ea quęretur actio absẽti, vt notabilitèr post *Salic. in l.* 1. *in* 15. *opposit. C. de confess.* & in *l. generalitèr, in* 6. *quæst.*

C. de non numer. pecun. & in *l. iubemus, C. de liberali causa*, refert videndus *Sebastian. Sapia in addit. ad Abbat. in d. cap. si cautio, colum. 3. lit.* C. vbi allegat *Alex.* videndum *in cons. 111. num. 7. lib. 3.* qui requirit expressam acceptationem, optimè *Felin. in d. cap. si cautio, num. 23. vers. fortiùs dicitur, & Roman. d. cons. 76.* qui loquitur in stipulatione iudiciali. Et ideò idem iudicandū de promissione iurata, sicut de confessione iudiciali, cùm à pari procedant, vndè quāuis adsit promissio, nisi tamen sequatur acceptatio per Notarium, vel alium nomine absentis, vel intercedat stipulatio illius nomine, nō quæritur actio absenti; quo-
24 niam licet verbum *promitto*, importet stipulationem, vt diximus, tamen hoc procedit inter præsentes, non autem inter absentes, vndè necessariò oportet, quod Notarius dicat promissionem acceptare, & stipulari pro absente, vt est *text. in l. Titio, §. idē respondit, ff. de verb. oblig.* vbi *Imol. in vers. sed aduerte, & Surd. decis. 115. num. 1. & seq.*

Nec obstat doctrina *Rota Romana dec. 683. lib. 1. diuers.* vbi dicitur, quod licet verbum *promitto*, operetur stipulationem inter præsentes, tamen cùm Notarius fuerit præsens, stipulatio censetur interuenisse ex verbo *promitto*, etiam quod Notarius non scripserit ipsum stipulari pro absētibus, quia stipulatio censeri debet interuenisse eo modo quo debuit pro actus validitate, per *text. in l. quoties,*
25 *de reb. dub.* quia vbi lex præsumit factum, præsumit etiam sollemnitèr factum, vt dicit *Gloss. in d. §. idē respondit*, & latè prosequitur idem *Surd. d. decis. 115. à num. 4. Peguer. decis. 54. & 63. & Seraphin. in decis. 472.* sequitur *Marescott. lib. 2. variar. cap. 27. nu. 10. & seq.*

Quoniam illud procedere poterit circa concernētia actum, & substantiam illius, de quo Notarius fuit rogatus, secus in alijs, nàm aliàs esset addere id, quod contrahentes noluerunt, & vltra illorum consensum.

Hinc videmus, quod licet Notarius possit stipulari pro omnibus, quorum interest etiam absētibus ra-
26 tione sui officij, vt habetur in *l. 2.* vbi *Bart. ff. rem pupill. salu. for.* & in *d. l. stipulatio ista, §. si stipuler*, vbi etiam *Ias. ff. de verb. obligat.* hoc tamen intellexerunt Doctores, quando Notarius à partibus rogatur, vt stipuletur pro absente, aliàs illis non quæreretur actio, *Ias. in d. §. si stipuler, colum. 6. & seq. Marsil. in singul. 663. incip. Notarius, Angel. in cons. 173.* & notat *Bertazzol. d. claus. instrum. claus. 18. glos. 5. num. 9. & seq.*

Vndè si virtute iuramenti stipulatio pro absente præsumeretur, plures
27 inducerentur fictiones, & specialitates, quod fieri non debet, *l. cum fundo, §. genero, de iure dotium*, videlicet stipulatio inter absentes, Notarij rogatio, absentis præsentia, illius acceptatio, actionis acquisitio sine cessione, & consequentèr iuramentū operaretur vltrà consensum contrahentium contra decisionem eiusdem *Rota decis. 336. num. 36. par. 1.* cùm
28 certum sit iuramentum censeri appositum ad fauorē principalitèr contrahentis nō tertij absentis, prò quo nemo stipulatus est, vt benè ponderat *Gerius Spin. in d. cons. 16. num. 46.* & tenet etiam subtilissimus *Faber de errorib pragmat. decad. 48. error. 3. vers. si verò ius pontificium, sub num. 6.* vbi expresè fatetur, quod cùm donator iurat se à conuentis pactis non recessurum, non cogitat de se obligando in beneficium tertij absentis, (loquitur enim in terminis *l. quoties, C. de donat. quæ sub modo*) sed tantùm de confirmando iure primi donatarij, cui soli iurat, & etiam attento Iure
29 Pontificio iuramentum est vinculum personale non solùm ex parte iurantis, sed ex parte eius, cui iuratur, vt non alijs prodesse debeat, nisi illi, cui iuratum est, eiusq; successoribus vniuersalibus, & ideò cum ille tertius absens non sit cui iuratum est, neque

hæres

hæres eius, sed talis in quem inutiliter fuit stipulatio collata, non iuuatur iuramento, quæ verba satis notanda sunt pro hac disputatione dirimenda, & tenuit *Ias. in cons. 39. col. 2. lib. 3. & cons. 148. col. 4. lib. 4. Decian. in cons. 2. nu. 142. lib. 2. & cons. 75. nu. 28. eod. vol.* & post eos *Caualcan. decis. 22. num. 101. & 102.* & facit apostilla *damn. mem. ad Alex. in cons. 185. lib. 6.* & satis optimè confert *decisio Dom. de Franch. in d. decis. 273.* ex aduerso nescio quo fato allegata, quia ibi deciditur nostra disputatio, non obstante assumpto onere soluendi creditoribus, ac promissione iurata, ac interesse stipulantis, vt satisfierent creditores, & tamen fuit decisum de rigore iuris nullam fuisse quæsitam actionē creditoribus contra D. Aloysium emptorē, sed benè contra dictū D. Petrū venditorem actione primæua, ex *l. 2. C. de hæred. vel action. vend.* sed de æquitate ad euitandum circuitum, fuit ad illorum beneficium decisum; quæ æquitas, & circuitus cessat in casu nostro, vbi creditores nequeunt agere contra Principissam donantē, & sequitur etiā *Anton. Amat. resol. 58. num. 9. lib. 2. Castillo decis. 41. num. 9. Gratian. cap. 532. à nu. 2. & Milanens. decis. 17. num. 68.*

30 Attamen quando *decisio Rotæ Romanæ*, & aliorum sequacium procederet, ità vt iuramentum valeat partis præsentiam supplere, & firmare promissionem absenti factam, etiam quod Notarius, vel alius pro eo non acceptauerit, vel fuerit stipulatus; benè locum sibi vendicare posset, quando saltem adsit promissio in beneficium absentis, attamen si neque promissio in absentis beneficium legatur, quomodò poterit præsumi stipulatio, & acceptatio, quæ necessariò præsupponit promissionē præcedentem, & ideò lex omnes coniecturas, & præsumptiones fundat super verbo *promitto*, ex supra dictis, propterea illo deficiente deficit fundamentum hoc legale præsumptæ stipulationis, idcircò cùm in casu de quo disputamus, minimè legatur hoc verbum *promitto* in beneficium creditorum Principis Matthæi, neque per Principissam donantem, neque per Principem Iulium Cæsarem donatarium; quomodò ex iuramenti interpositione poterit præsumi stipulatio, & actio quæsita creditoribus?

Nec multum negotij facessit; quod Princeps Iulius Cæsar donatarius pro obseruātia promissorum in contractu donationis sibi factę obligauerit se, & bona sua omnia, quasi ex illa obligatione intelligi debeat promisisse illis creditoribus soluere, aliàs enim illa obligatio pro obseruantia promissorum respectu Principis ad
31 nihilum deseruiret, si ad hoc non traheretur; Etenim cùm ad aliud non teneretur ipse Princeps donatarius, nisi ad solutionē dictis creditoribus faciendā, virtute illius conditionis in donatione appositę; videtur ex dicta obligatione pro obseruātia cōtractus necessariò colligi promissio saltim tacita soluēdi, eo magis, q. a statim post prædictā conditionē soluendi creditoribus dictos duc. 60. mil. subiūgitur clausula *promiserūt, et conuenerūt, &c.* & consequentèr ex his videtur illis ne dùm quæsita actio personalis ex huiusmodi tacita promissione, sed etiā vtilis hypothecaria ex prædicta obligatione bonorum, per *tex. d. l. nomen, & l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss.* & notat *Capyc. in d. decis. 78. sub nu. 3.* vbi asserit, quod is, cui nomen obligatum est, habet etiam super bonis illium nominis debitoris hypothecariam vtilem, & propterea debeant creditores Principis Matthæi ex dicta promissione, & hypotheca præferri.

Quoniā huiusmodi partis assumptum, nec iuris, nec facti habet subsistentiam, cùm enim Princeps donatarius nil aliud fecerit, nisi donationē acceptare, licet cum illo onere sol-

uendi creditoribus quond. Principis Matthæi, nec promiserit illis soluere:

32 Quàmuis deindè pro obseruantia promissorum in contractu, obligauerit se, & bona sua, nō sequitur ex huiusmodi obligatione, oriri actionem in beneficium illorum, quibus nihil fuit in contractu promissum. Differt enim non parùm, an quis simplicitèr donationem acceptet, licèt cum aliquo onere, & obligat se, & bona sua pro obseruantia contractus, an verò vltrà acceptationem expresè etiam promittat soluere, vel adimplere illud onus appositum, & deindè pro obseruantia promissorum obliget se, & bona sua. Nàm primo casu illa

33 obligatio in exequutiuis posita, non alterat, neq; auget substantiam obligationis in contractu, neq; ex ea oritur noua actio, quæ ex contractu fine illa obligatione non oriebatur, ad notata per *Gloss. in clem. 1. de præbend. Dec. in l. fin. num. 14. C. de pact. Cacher. decis. 164. nu. 3. Menoch. cons. 84. nu. 45. Molin. lib. 4. de primog. cap. 2. num. 42. & 49.* cum alijs adductis per *Dom. de Franch. in decis. 6. & decis. 213. nu. 33.* latè *Barbos. in l. quæ dotis, num. 118. & seq. sol. matrim. Episc. Riccius coll. 786. & Monet. de commut. vlt. volunt. cap. 7.*

34 *à num. 48.* & in clausula hypothecæ in exequutiuis posita, quod non alteret, neque extendat principalem obligationem, tradunt *DD. in l. ita stipulatus, §. Chrisogonus, ff. de verb. oblig. Gloss. in l. 1. C. quæ res pign. oblig. poss. & Natta in cons. 582. num. 1.* sed solùm addit robur obligationi iàm factæ, vt per *Bart. in l. 1. ff. de pignor. action. Soccin. in cons. 159. num. 30. lib. 2.* Vndè si nihil fuerit in contractu promissum, ità quod ad nihilum teneatur, neq; tenebitur ex obligatione pro obseruantia promissorum in exequutiuis posita, quia nihil promiserat, etiam quod clausula ista remanetet superflua, vt est casus in *d. clement. 1. de præbend.* & notatur in *l. qui Romæ, §. duo fratres,* vbi *Ripa num. 46. Ias. num. 37. & Crotus num. 39. de verbor. obligat.* & latè *Decian. in cons. 52. num. 27. & 28. lib. 1.* In secundo autem casu benè operatur obligatio apposita, licèt in exequutiuis pro obseruantia promissorum, quia iàm per promissionem in contractu adiectam orta erat obligatio, & actio personalis ex stipulatu, & ideò per obligationem bonorum firmior redditur illa, & additur etiam hypothecaria, ad notata per *Dom. Reg. de Ponte in cons. 54. num. 16. lib. 1.* post *Couarr. in rubr. de testam. 2. par. num. 73.*

Vndè cùm in huiusmodi contractu nihil fuerit per Principem donatatium promissum, ità quod nulla actio videatur quæsita creditoribus, ad nihilum deseruit obligatio bonorum, & hypotheca, quæ tanquàm accessoria ad personalem ab ipsa re-

35 gulatur, & regitur, adeò quod si nulla, & inefficax sit personalis, ità etiā inefficax sit adiectio hypothecæ, vt per *Negusant. par. 3. de pignor. memb. 1. num. 9. & 12.*

36 Nec dici poterit ex onere iniuncto soluendi creditoribus, & acceptatione, & obligatione deindè sequuta consensum obligatiuum, ac tacitam promissionem fuisse inductam. Quoniam veritas est in contrarium, illa enim simplex acceptatio donationis cum onere, & illa taciturnitas absq; expressa soluendi, & adimplen-

37 di oneris promissione, non habetur pro consensu habili ad obligandum, ad *text. in l. filiusfamilias, §. inuitus, de procur. l. sicut, §. nō videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* & latè per *Roman. in l. quæ dotis, ff. solut. matrim.* vbi *Barbos. à nu. 151. Natta cons. 131. nu. 4. Sim. de Prætis cons. 138. num. 8. & cons. 144. num. 38. & Hippol. Riminald. in cons. 808. num. 22. lib. 7.*

Hinc dixit *Roman. in cons. 311.* in casu non dissimili, quod si emphyteu-

38 ta alienat rem emphyteuticam tertio emptori, tùnc directus dominus non poterit pro canone agere actione per-

ne personali contra illum emptorem, sed tantùm actione hypothecaria, etiam quod in contractu emptionis fuisset facta expressa mẽtio, de canone soluendo, illa enim expressio oneris non obligat emptorem ad solutionem etiam quod emerit illam pro emphyteutica, & subiecta oneri census, nisi expressè promisisset soluere, aliàs illa simplex acceptatio emptoris absq; promissione soluendi, non sufficit ad illum obligandum in beneficium directi domini; Nisi tamen canonẽ per aliquod tempus soluisset, ex qua solutione oriretur actio personalis, ex quasi cõtractu, vt etiã loquitur *Afflict. in decis.* 95. vel fauore Ecclesiæ, & piæ causæ; ità etiam *Foller. in praxi censuali, in verb. huiusmodi, num.* 97. *Redoan. de reb Eccles. non alien. quæst.* 17. *nu.* 63. *vers. sed intellige, Mascard. de probat. concl.* 280. *nu.* 2. *Giurba decis.* 62. *num.* 31. vbi asserit pro accollato onere canonis tũc dari actionem contra tertium possessorẽ, quando ille promisisset, & Notarius pro domino directo stipulatus esset *Stracca de decoct. d. par.* 5. *nu.* 9. Et ideò dixit in terminis *Ant. Amat. resol.* 45. *nu.* 22. quod licet bona sint donata cum ex-
39 presso onere soluendi creditoribus donantis, si tamen donatarius expressè non se obligat ad solutionem onerum, creditoribus ipsis præsentibus, vel absentibus cum stipulatione Notarij, nullatenùs cogi poterit directè, ac via exequutiua, & personali actione, sed via ordinaria per ipsum donantem, si sua interest, per *text. in l.* 2. *C. de hæred. vel act. vend.* ibi, *quàmuis ea lege emerit*, allegans *Crauett. in cons.* 12. *nu.* 6. & *Dom. de Franch. in d. decis.* 273. *Stracc. vbi supra*, & alios: refert etiam optimè *Gratian. disceptat. for. cap.* 49. *num.* 10. & *seq.* vnde non habet hæc oppositio iuris subsistentiam.

Neque habet subsistentiam facti; nàm Principissa donatrix in eodem instrumento donationis refutauit eidem Principi nepoti Ciuitatem Vici Equensis, & asseruit esse debitricem Marchioni Corati in ducat. 25. mil. & in alijs duc. 17500. pro capitali ann. duc. 1400. per ipsam dicto Marchioni venditorum cum pacto de retrouendendo quandocunq; ideò voluit, quod Princeps solueret quantitates prędictas per ipsam Marchioni debitas, & iterum donauit eidem alios duc. 10000. absque aliquo onere; E conuerso Princeps donatarius, & refutatarius se obligauit, & expressè promisit soluere Marchioni quãtitates ei debitas, sed de solutione facienda debitoribus paternis nihil dixit, vel promisit. Ex quo colligitur, quod cùm deindè pro obseruantia promissorũ in contractu Princeps donatarius obligauerit se, & bona sua omnia, non fuit obligatio superflua, sed referebatur ad promissionem factam soluendi Marchioni Corati, non autem creditoribus Principis Matthæi, quibus nihil promiserat, & ad illam promissionem referri debet etiam clausula *promiserũt, & conuenerunt, &c.*

Hoc autem multa cum ratione fuit practicatum: nàm respectu Marchionis Corati cùm esset creditor Principissę donantis, sua intererat illi solui, & ideò voluit, vt expressè promitteret, vt ex illa promissione actio illi quęreretur, nedum personalis, sed hypothecaria, & procederet *decisio de Franch.* 273. ad euitandum circuitum. Sed respectu creditorum quon. Principis Matthæi, cùm sua non interesset illis solui, nec quæri actionẽ, noluit expressã intercedere promissionem, & licet apposuisset onus illi soluendi, non fuit in illorum fauorẽ, sed Principis donatarij, vt feuda paterna ab oneribus eximeret, vndè nulla actio illis quæri potuit, cùm
40 enim onus, & conditio respicit commodum donatarij, si non adimpleatur, non per hoc reuocatur donatio, ad *text.* cum ibi notatis *in l.* 2. *§. fin. ff. de donat.*

de donat. quia eo casu nō dicitur causa finalis, sed impulsiua, proùt semper præsumitur, vt per *Gloss. Bart. & DD. ibidem, Franc. in cap. decet, de regul. iur. in 6. & Corn. in cons. 153. nu. 11. & 12. lib. 2. & Azeued. in cons. 37. num. 9.* prę-cipuè cum causa expressa fuerit propter amorem, maximamq; dilectio-
41 nem, quam erga nepotem gerere asseruit, quæ causa expressa dicitur finalis, *l. fin.* vbi *Bart. & Bald. ff. de hæred. instituend.* & excludit omnem aliam præsumptam, & coniecturatā, quæ habetur pro impulsiua, vt dicit *Angel. in cons.* 248. incip. *Punctus est, num. 3. Bald. in cons. 312. num. 2. lib. 4.* cum alijs relatis per *Tusch. concl. 136. lit. C.* & ideò neq; habet hæc oppositio subsistentiam facti.

Ex quibus, omnia deficere dicebamus ad acquirendam actionē creditoribus absentibus, quia nec stipulatio, nec pactum, neq; pollicitatio in eorum beneficium interuenisse dici poterat. Non stipulatio, quia verba stipulationis, siuè simplicis promissionis deficiunt, nec simplex donationis acceptatio cum onere stipulationem importat, vt per *Ripam in l. stipulatio 18. ff. de verb. oblig.*

Non pactum, quia præterquàm quod requiritur duorum consensus, *l. 1. ff. de pact.* & consequentèr præsentia illius, cui promittitur, vt per *Cagnol. in rubr. de pactis*, nihilominus pa-
42 ctum vt alteri detur, non est pactum, præcipuè respectu illius tertij, & proindè ex eo neq; mediante iuramēto actio acquiritur, vt appositissimè dixit *Bal.* videndus *in cons. 114. nu. 3. vol. 5.*

Nec vltimo loco pollicitatio; nàm in illa requiritur consensus offeren-
43 tis tertio absenti, *Gloss. in l. pactum vbi est text. ff. de pollicit.* qui in casu nostro deficit, cùm non adsit promissio Principis donatarij in beneficiū creditorum. Si ergo deficit stipulatio respectu creditorum, deficit pactum, deficit pollicitatio, imò omnis abest consensus obligatiuus, nescio quid operari possit iuramentum, maximè in exequutiuis positum, vt notat *Rota diuers. par. 1. decis. 336. nu. 36.*

Decisionem vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Fructus augent hæreditatem, & ideò hæres, & creditor præsumitur ex illis se satisfecisse.*

2 *Hæres cum beneficio inuentarij non debet esse nec in lucro, nec in damno.*

3 *Creditores hæredis hypothecarij præferuntur creditoribus defuncti in bonis hæredis.*

.. Quia per aditionē non oritur nisi actio personalis ex quasi contractu.

4 *Hypotheca per aditionem non extinguitur casu quo hæreditas reuocabilitèr acquiritur.*

.. Præcipuè in præiudicium creditoris hæredis.

5 *Hæredis bona expressè possunt obligari per defunctum, & ita decisum.*

.. Quàmuis illa non veniant sub generali obligatione bonorum.

6 *Clausula* obligauerunt se, suosq; hæredes, & bona eorū omnia, *necessariò non comprehendit bona hæredum.*

7 *Legatarius, qui non implet modum adimplendum in persona tertij poterit officio Iudici compelli ad implendum, ex doctrina* Bart. in l. quibus diebus, §. Termillius, ff. de cond. & demonstrat.

.. Vel posset ille tertius agere actione ex testamento.

8 *Doctrina* Bart. in d. l. quibus diebus, §. Termillius, ff. de cond. & dem. *declaratur, vt procedat in vltimis voluntatibus.*

.. Secus autē in cōtractibus, vbi neq; Iudicis officiū competit tertio contra donatarium pro adimplemento modi.

.. Cum distinctione tamen inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris.

9 *In contractibus stricti iuris, & præsertim in donatione ob adimplementum non sequutum, datur conditio ob causam pro reuocatione contractus.*

.. Sed

.. *Sed hæc actio datur donatori, non autem tertio, in cuius personam erat faciendum adimplementum.*

.. *Quia illi non interest rescindi donationem.*

10 Text in l.si vt proponis, C.de cond. ob caus. *adducitur, & explicatur.*

11 *Modus implendus in persona tertij, nõ parit illi actionem in contractibus.*

.. *Nisi in casu* l. quoties, C.de donat. quæ sub modo.

.. *Sed tantùm donanti, eiusq; hæredi, si tamen modus implendus fuit causa finalis donationis, aliàs neque datur condictio ob causam.*

12 *Iudicis officium sub actione in genere sumpta comprehenditur.*

13 *Persequutio Iudicis officij est, & omnium actionum debilissima.*

14 *Iudicis officiũ non est in bonis nostris, neq; ius, neq; actio formalis est.*

15 *Iudicis officium non est antequam excitetur, sed actio est in rerum natura etiam antequam proponatur.*

ARGVMENTVM.

Bona hæredis non venire sub generali obligatione bonorum, nisi expressè obligentur: Hinc creditores hypothecarios hæredis esse praeferẽdos creditoribus defuncti in bonis hæredis: Nec nõ modum implendum in personam tertij non producere actionem in contractibus in beneficium illius, nisi in casu *l. quoties, C. de donat. quæ sub modo*, ad intellectum doctrinæ *Bart. in l. quibus diebus, §. Termillius, ff. de condit. & demonstrat.*

I. M. I.

DISPVTATIO LIII.



Pponebatur tertio loco in eadem causa per creditores quon. Principis Matthæi de Capua: Principem Iulium Cæsarem fuisse hæredem patris, & & absq; beneficio legis, & inuentarij, & proindè obnoxium creditoribus illius; Quinimò fuisse inductã compensationem, cum eius prætenso credito ex causa dictæ donationis, vel
1 saltem presumi satisfactum ex fructibus hæreditarijs, in quibus tenetur hæres, quia augent hæreditatem, ex dictis per *de Franch. in decis.613. post num.17. & 18.* quia hæres quàmuis
2 cum beneficio inuentarij, non debet esse nec in lucro, nec in damno, idem *de Franch. in decis.83.*

Quibus addebatur Principẽ Matthæum patrem in venditione annuorum introituum facta suis creditoribus obligasse nedum bona sua, sed etiam bona ipsius hæredis, & ideò adita hæreditate per Principem filiũ, nedum actio personalis creditoribus paternis ex quasi contractu aditionis, sed etiam hypothecaria ex prædicta obligatione facta per defunctũ competere videbatur.

Sed hæc omnia facili etiam negotio soluebantur; Etenim nil aliud ex huiusmodi hæreditatis aditione, etiã absq; inuentario prætendere poterãt creditores paterni, nisi actionem personalem ex quasi cõtractu aditionis, vndè parum iuuaminis illis afferre poterat, cùm nullo modo possent cõcurrere cum creditoribus ipsius hæ-
3 redis hyothecarijs, vt post *de Ponte in cons.143. num.3 & 4. vol.2. & Sese decis.46. nu.33. par.1* docet *de Franch. in dec.80. per tot. & idẽ in dec.53. nu.6.*

Nec

Nec poterat vllomodo dici inducta compensatio, siuè extinctio eius crediti per aditionem: Quoniā prǽterquam quod hypotheca quam habet creditor in bonis defuncti per aditionem non extinguitur, sed tantùm actio personalis, casu quo hæreditas reuocabilitèr acquiritur, *l. debitor, ff. ad trebell.* præcipuè in præiudicium creditorum hæredis, vt per *Afflict. in decis.* 237. vbi *Addentes*, & latè *Neguf. de pignor. memb.* 1. *par.* 5. *nu.* 50. *cum seqq.* idem *de Franch. d. decis.* 80. *per tot.* & optimè post *Capyc. decis.* 195. *Surd. decis.* 224. *num.* 9. *cum seqq. & de Georgio alleg.* 41. *num.* 26. Tamen hæc quęstio de confusione, siuè extinctione crediti, non est applicabilis ad casum, non enim Princeps Iulius Cæsar donatarius, erat creditor Principis patris, nec eius creditum ex causa dictæ donationis erat satisfaciendum super bonis paternis, ità vt ex aditione posset præsumi confusio, vel satisfactio; sed erat creditor Principissæ auiæ, qui ei donauerat ducatos 70. mil. & erant satisfaciēdi super bonis eiusdem Principissę, scilicet super pretio Terrarum Casarani, & Casaranelli, vndè nullo modo sunt applicabiles termini confusionis, vel satisfactionis; & quàmuis Princeps Iulius Cæsar percepisset maximam fructuum quantitatem ex bonis hęreditarijs paternis, non poterat dici ex hoc satisfactum illius creditum, quia illud non debebatur à patre, nec super bonis paternis, sed tantùm remāserat debitor creditoribus paternis prò illis fructibus in actione personali, vndè neq; poterant concurrere cum creditoribus ipsius filij in actione hypothecaria.

4

Neq; oberat ad hoc obligatio bonorum hæredis facta à Principe patre; quoniam prætermissa disputatione an bona hæredis possint expresśè obligari per defunctum, de qua latè per *Neguf. de pignor. memb.* 2. *par.* 2. *in limit.* & antè eum per *Afflict. in decis.* 111. *& decis.* 200. *Loffred. cons.* 32, & latè *d. Franch. in decis.* 53. *n.* 6 *&* 7. vbi licet dicat *Negusantium* tenere, neq; expresśè posse obligari bona hęredis, tamen per S.C. fuisse decisum refert in causa Magni Dųcis Hetruriæ, cum Archiducissa Austriæ, posse expresśè obligari, nàm in generali obligatione bonorum non veniunt, ad *text. in l. Paulus, ff. de pignor. l.* 1. *in fin. C. com. mun. de legat. Gloss. in l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss. vers. pertinentium, in fin.* & refert idem *de Franch. d. decis.* 53. *num.* 6. *&* 8. *vers. sed defunctus, & decis.* 321. *Gratian. cap.* 225. *nu.* 75. *& seq.* post *Afflict. In decis.* 201. & latissimè *Surd. decis.* 315. *per tot.* & sequitur *Fontanell. claus.* 4 *gloss.* 5. *nu.* 53. *& seq.* In casu autem nostro deficit expressa bonorum hæredis obligatio, vnde nullo modo locum habere poterit creditorum prætensio.

5

Quinimò idem *Dom. de Franch.* latè disputat *in decis.* 321. an bona hæredum obligata intelligātur, quando in contractu dicitur; obligauerūt se, & hæredes suos, & bona eorum omnia, ex dictis per *Minad. in decis.* 20. vbi nouissimè *Monach. in addit.* quasi quod illud relatiuum eorum, referatur etiam ad hæredes, & concludit *de Franch.* ex magis communi, quod non veniant, & in fine decisionis asserit, Notarios multum deficere in hac bonorum hæredum obligatione, quia rarò, vel nunquam vidit bona hæredum expresśè obligata, sed concipiunt obligationem, vt supra, scilicet obligauerunt se, hæredesq; suos, & bona eorum omnia, ex qua non concludi necessariò, fuisse bona hæredum obligata fatetur. Quantò minus igitur in casu de quo disputamus, vbi non adest illud verbum eorum, sed solùm obligauit se, & hæredes suos, & bona omnia, quo casu nō venire sub obligatione bona hæredum, clarè docet *Affl. in d. decis.* 200.

6

Nec deniq; obstabat motiuum ab vno ex Dominis Iudicātibus doctissimè

simè excitatum ex doctrina *Bart.in in l. quibus diebus* 20. §.*Termillius, ff. de condit. & demonstrat. num.* 17. vbi
7 quærit quid agendum,quando legatarius nō implet modum adimplendum in personam tertij, & inter alia dat tertio loco remedium;vt ille in cuius commodum debet adimpleri modus, agat actione ex testamento, per *l.2.C.de his, quæ sub modo*, vel saltem officio Iudicis compelli faciat legatarium ad modum implendum, *l.libertas, la secunda,& l.mquia, de manum. testam. argum. l.quintus, ff. de ann.legat.* Vndè ex hac doctrina videbatur colligi dari aliquo modo actionem creditoribus Principis Matthęi, in quorum commodum debebat explicari modus,contra Principem donatarium pro illius adimplemēto, vel saltem officio Iudicis illum cogere ad adimplendum.

Attamen præterquam quod hæc actio quando daretur, non esset nisi merè personalis ex dictis legibus, & habetur per *Fulgos. in l.sed etsi susceperit* 53. §.*si ea res, ff.de iudic.* vndè nō possēt cum creditoribus ipsius Principis donatarij hypothecam habentibus cōcurrere:nullam tamen actionem, neq; personalem, neq; officium Iudicis fuisse illis quæsitū pro adimplemento modi, siuè oneris adiecti, ex eadē *Bartoli* doctrina dicebamus:
8 omnia enim remedia per ipsum tradita ipsemet intelligit vt procedāt in vltimis voluntatibus,quarum fauore poterit ille tertius, ad cuius cōmodū debet impleri modus, Iudicis officiū implorare, vt adimpleatur per leges allegatas in *d.l.libertas*, §.*hæc scriptura,& l.mquia,de manum.testa.*adeò vt tunc modus videatur inducere fideicommissum, *l.2. C. de his, quæ sub modo*,vt post doctissimum *Cuiacium lib.14.obseruat.cap.*25. refert *Barry de de success. lib.17.tit.3.nu.1.vers.secundū est, Anton.Gomez.lib.1.var.cap.12. num.71.in fin. Surd. de aliment. tit.9. quæst.16.à nu.42.& Vsuald. ad Donell.lib.8.commentar.cap.17.lit.Q.* Sed in cōtractibus,in quibus nos versabamur prædicta remedia nō procedūt, & ideò *Bart.* alia vtitur distinctione, nimirū quod si simus in cōtractibus nominatis bonæ fidei, quia in his,nō est locus pœnitentiæ, non datur condictio ob causā pro repetitione,vel reuocatione contractus,sed agi poterit per contrahētes ad interesse pro obseruantia contractus; si verò simus in cōtractibus stricti iuris,vt in casu nostro,se remisit *Bart. ad notata in l.fin. ff.de condit. causa data*,& in *l.pacta, ff. de contrah. empt. & l. 2.si vt proponis, C.de cōdict.ob caus.* in quibus ipse notat dari eo casu solummodò condictionem ob causā ad reuocationem contractus, & repetitionem donatorum, addens hoc præcipuè in cōtractu donationis procedere, ad quod probandum allegat *text.in l.ea lege, C.de condit.ob caus.& d.l.cum res, C.de donat.& l.1. C.de donat. quæ sub modo*, vt ipsemet latè explicat in *d.l.fin.ff.de condit.causa data,num.9.cum seqq.*

Stante igitur hac *Bartoli* doctrina, & distinctione, quam non negamus:
9 quod .s. in cōtractibus stricti iuris, & præcipuè in donatione, ob adimplementum non sequutum,detur condictio ob causam pro reuocatione contractus, & restitutione donatorum; nullo modo dici poterit dari huiusmodi cōdictionem ipsis creditoribus; nàm si illa conceditur nō prò adimplemento modi, sed prò resolutione donationis,quid vtilitatis acquirerēt creditores ex illius reuocatione? certè nullam,ideò solùm ipsi donanti, eiusq; hæredibus dari dicendum est,vt clarissimè deducitur ex *text.in d.l.cum res, C.de donat.* (quam ad hoc allegat ipsemet *Bart.in d.l.fin.num.5. vers.contra hoc,& num.9. vers.sed hoc præmisso)* vbi habetur non dari creditoribus actionem, sed ipsi donanti, & dicit etiam ibi *Gloss. in princ. & in l.1.C.de donat.quæ sub modo*, ità etiam expressiùs decernitur in *d.l.si vt proponis,*

*ponis,C.de condict.ob caus.*allegata etiã
10 à *Bartolo in d.§.Termillius*, in qua sic decernit Imperator:*Si vt proponis pater tuus ea lege sorori tuæ prædia cæteraq; quorũ meministi donauit, vt creditoribus ipsa satisfaceret, ac si placita obseruata non essent, donatio resolueretur, eaq; contra fidem negotij gesti versata est, non est iniquum actionem conditionis ad repetitionem rerum donatarum, tibi qui patri successisti decerni;* Ex quibus verbis apertè quæstio nostra diffinitur, quod creditoribus quibus erat satisfaciendum,actio,vel condictio non quæratur,sed donanti, eiusq; hæredi. Sic etiam determinatur in alio textu per eundem *Bart.*allegato in *d.l.ea lege.C.de cond.ob caus.* ibi: *vel vt donatori, vel eius hæredi condictio, si non fuerit conditio seruata quæratur;* & ità etiam, quod modus
11 implendus in personã tertij non pariat illi actionem in contractibus, nisi simus in casu *l.quoties,C.de donat.quæ sub modo,*expressè docet *Bal.* vidẽdus *in cons.*238.*lib.*3.quàmuis aliud sit in vltimis voluntatibus,aliàs .n. quereretur actio alteri, pro quo nemo fuit stipulatus cõtra iuris regulas,& optimè explicat *Iaf d.l.fin. ff.de cond.caus. dat sub n.*14.*vers.extrà gl. et in* 2.*lim.*

Quinimò dixit idem *Bart.* vbi sup. tùnc agi posse per donantem condictione ob causã, ob non adimplemẽtum,quando modus ille fuit causa finalis donationis, fine quo donationẽ non fecisset, aliàs neq; daretur hæc condictio,vt habetur in *l.cum te, C. de pact.inter empt.& vendit.*vbi *Gloss.& in l.ea conditione, C.de restind.vendit.* & sentit *Bald. in d.l.si vt proponis, in princ.* per illum *text.* vbi aderat clausula resolutiua donationis; ideò cùm in casu nostro, modus siuè onus non fuerit causa finalis donationis, vt superiùs demõstrauimus, minimè dari poterat hæredi huiusmodi condictio ob causam.

Præterea si ob non adimplementum esset reuocanda donatio,certum esset quantitatem donatam aequiri hæredi eiusdem Principissæ donãtis, qui erat idẽ Princeps donatarius,vndè vel hæc actio dici debet cõfusa, si inuentarium non fecit,vel remaneret quantitas donata penès ipsum hæredem absq; onere, & cõsequentèr nihil vtilitatis ipsis creditoribus quæreretur, qui neque haberent actionẽ aliquam contra ipsum,quia non sunt creditores Principissæ, & quatenùs haberẽt,esset personalis,vndè nõ possent cõcurrere cum creditoribus hypothecarijs Principis.

12 Cæterum licèt Iudicis officium sub actione in genere sumpta cõprehendatur,*l.Actionis verbo*,vbi *Dec.de verb. signif.* & refert *Iaf. in l.*1. *ff. de iurisd. omn.Iud.* Quia actionis verbum,tres actionum species in se continere dicitur; scilicet in personam,in rem,&
13 persequutionem,quæ officium Iudicis est, *l.pecunia, §.persequutio, ff.de verb.signif.* tamen ius hoc prosequẽdi, siuè Iudicis officium, dicitur ius magis debile,& actio omnium debilissima,vt declarãt *Bolognett.in d. l.*1. *ff.de iurisd.omn.Iud.sub num.*48.*vers. nec obstat*,vbi allegat *Alciat. lib.*2.*pa-*
14 *radoxor. cap.*9. adeò vt neq; dicatur esse in bonis nostris, nec est ius, neq; actio formalis, vt docet idem *Bologn. vbi supra num.*49.*& seqq.*

Si igitur debilior actio est,non potest ex ea præferri creditor, qui Iudicis officium implorat, creditoribus, qui actionem formalem habent, nedum personalem, sed hypothecariã, nàm vt dicit *Bald. in cap. bonæ, col.* 2.
15 *vers.& nota,de elect.*officium Iudicis non est antequã excitetur, sed actio, & præcipuè in rem, est in rerum natura,etiam antequam proponatur, vt sequitur idem *Bologn. d.num.*49.*vers. & idem dixit,& num.*56.

Proptereà quousq; se vertebant creditores Principis Matthæi,semper debilioribus innitebantur subsidijs, & proindè nullo modo esse præferendos dicebamus.

Hæc

Hæc causa per eximium Iureconsultum Antonium Caracciolum tūc Regiæ Cameræ Præsidentem Commissarium delegatum, nunc verò Regiæ Cancellariæ Regentem meritissimum fuit decisa in beneficium ereditorum Principis donatarij, & præcipuè Ducis Magdaloni creditoris anterioris, cui fuerunt liberati ducat. 28494. vigore prædictæ donationis salua prouisione faciēda respectu restantium duc. 8044. auditis creditoribus eiusdem Principissæ donantis posterioribus.

Et cum pro parte creditorū Principis Matthæi fuisset appellatum in Collaterali Consilio, facta relatione cum interuentu Dominorū Regentium Caroli de Tapia, Ferdinandi Branciæ, D. Bernardini Montalui, ac Matthiæ de Casanata, in pares iuere sententias, ideò prò huius paritatis dirimendi causa fuerunt dati tres adiuncti, nimirùm Reg. Cons. Andreas Marchesius deindè S. R. C. Præses, Reg. Cons. D. Ferdinandus Arias de Mesa, qui de hac causa meminit *lib. 3. variar. in cap. 50. à n. 21.* & Reg. Cam. Præses Io. Camillus Cacacius, deindè in Supremū Italię Consiliū Regēs electus, & facta iterū relatione coràm Excellentiss. Prorege die 7. Februarij 1639. fuit confirmatum decretū Domini causæ Commissarij in beneficiū creditorū Principis donatarij, & consequentèr Ducis Magdaloni creditoris anterioris. In Banca de Strina.

SVMMARIVM.

1 *Donatio quingentorum aureorū summam excedens insinuatione opus habet.*

2 *Donatio iuramēto firmata etiam sine insinuatione valida est secundùm vnam Doctorum opinionem, licet alij dubitent.*

.. At si specialitèr insinuationi cum iuramento fuerit renunciatum magis communitèr ab omnibus amplexatur opinio affirmatiua.

3 *Iuramentum operatur inter donantē, & donatarium, non autem in præiudicium tertij.*

.. Cum eius natura sit, vt non operetur contra tertium.

4 *Insinuatio non fuit simplicitèr respectu contrahentium inducta, sed principalitèr respectu aliorum, nè quis clam donando, & posteà contrahendo alios decipiat.*

.. Et ideò ob publicā vtilitatē videtur inducta. sed declara vt n. 9. & seqq.

5 *Iuramentum contra publicam vtilitatem non opitulatur.*

6 *Iuramentum in tertij præiudicium non operatur, quando ius tertij iàm quæsitum, vel saltem spe considerabili, & proxima quærendum est.*

.. Putà si ageretur de exclusione filij, cui saltem in spe dē debita successio.

7 Glossæ *doctrina* in cap. cùm contingat, de iure iur. *explicatur.*

8 *Donatio nō præsumitur facta in fraudem creditorum posteriorum, quibus nullum ius fuit quæsitū, nec spe probabili quærendum.*

9 *Iuramentum non operatur in tertij præiudicium, quando principalitèr, & directè inferretur tertio præiudiciū, secus si secundariò, & per indirectū.*

10 *Iuramentū nedùm insinuationis supplet defectum, sed etiam iurantem obligat, & contractum firmat.*

11 *Insinuatio licèt secūdariò respiciat publicam vtilitatem, principalitèr tamen respicit fauorem ipsorum cōtrahentium, imò ipsius donantis.*

.. Ne tàm facilè, & prodigalitèr, sed deliberatè, & consultò ad donationē procedat.

.. Ideò poterit illi cum iuramēto renunciari.

12 *Insinuatio nil aliud est, quam donationis priùs nullitèr factæ ratificatio.*

.. Et quatuor ex causis fuit introducta, quæ omnes priuatam concernere videntur vtilitatem.

13 *Insinuatio in donatione infra summā nō requiritur, quamquam in eadem donatione possit esse fraus.*

14 *Insinuatio in donatione ad pias causas nullatenùs est necessaria.*
.. Et tamen non minus in ea versatur præiudicium creditorum, quam in alijs.
15 *Donatio etiam absq; insinuatione valida est, si ei fuerit cum iuramento renunciatum, si non constat de fraude, quæ non præsumitur ex solo defectu insinuationis.*
16 *Donatio per superuenientiam liberorū reuocatur etiam iurata, quia principalitèr sit fauore filiorum, quibus iuramentum non præiudicat.*
.. Secus in donatione absq; insinuatione, quæ non præiudicat principalitèr tertio, sed ipsi donanti principalitèr.
17 *Donatio si coràm, vel cum Iudicis decreto fiat, etiam absque insinuationis sollemnitate firmatur.*
18 *Donatio si geminatè fiat insinuationis munimine non eget.*
.. Ex ea enim, insinuationis ratio suppletur, & perseuerantia donantis colligitur, omnisq; fraus, & simulatio exploditur.
19 *Iuramentum habet vim duplicis, & geminati consensus.*
20 *Insinuatio in Gallia fuit in creditorū fauorem potissimùm inducta.*
.. Ideò non mirum si Maynard. & Pappon. *tenuerint non posse illi, vel cum iuraminto renunciari.*
.. Sed contrarium est de iure communi.
.. Et ità etiam vbi particulari, & statutaria sanctione fuerit decretum, vt in Principatu Cathaloniæ, & alibi.
21 *Insinuationis sollemnitàs in Regno Neapolis vbi sola facti veritate inspecta proceditur, non est in vsu, cum sit mera iuris subtilitas.*
.. Et de ea nunquā in similibus fuit oppositum.
22 *Donatio ab auia nepoti collata ob naturalem affectionē, insinuationis sollemnitate non eget.*
.. Proùt facta alicui de agnatione, & cognatione.
Constitutio de insinuatione fuit per Imperatorem Constantinum Pium quoàd filios, & parentes immutata.

ARGVMENTVM.

Donationèm licèt quingentorum aureorum summam excedat insinuationis sollemnitate minimè egere, si specialitèr eidem fuerit cum iuramento renunciatum.

I. M. I.

DISPVTATIO LIV.



IN præcedenti disputatione diximus fuisse liberatos ex pretio Terrarum Casarani, & Casaranelli, Duci Magdaloni creditori anteriori quon. Principis Iulij Cæsaris de Capua donatarij quon. Principissæ auię, exclusis creditoribus Principis Matthæi patris duc. 28494. in computum eius crediti, salua prouisione facienda respectu restantium ducat. 8044. auditis creditoribus eiusdem Principissæ donantis posterioribus.

Difficultatē excitauit in hac prouisione facienda famigerata illa decisio, quam in hac eadem causa creditorum Principis Conchæ exarauit consumatissimus ille Vir *Dom. Regens Rouitus in decis.* 48. vbi supplere volens, vt ipse inquit, ea quæ desūt Aduocatis, nonnulla prò creditoribus ipsius Principissæ donātis, licet tempore posterioribus motiua adinuenit, cogitās forsan, ex illis facilè posse immutari ea, quæ longam, & quotidia-

tidianam interpretationem, & obseruantiam habuere: quæ tamen omnia in duos reducebātur principales articulos.

Primum: Insinuationis defectum concernentem, prætendēs exindè ne dum potiora dictorum creditorum iura tueri, sed ipsammet donationem infirmare, ex dispositione vulgatæ *legis sancimus*, *C. de donat.* cum quingentorum aureorū summam, donationem prædictam excedere nō dubi-
1 taretur, & ideò insinuationis sollemnitate omninò indiguisse videbatur, adeò vt illa deficiente nulla dici deberet ex *d. l. sancimus*, *&* *§. 1. Instit. eod. tit.*

Alterum verò, causæ prærogatiuā continentem; cùm enim certum esset præfatos creditores ex causa onerosa eorum creditum consequi debere, omninò præferendos dicebat ipsi Principi donatario, eiusq; creditoribus, qui lucratiuæ causæ innitebantur, causam enim onerosam, lucratiuæ omninò præferri contendens ex vulgata doctrina *Cumani in l. priuilegia 17. C. de priuileg. credit.* de quo in sequenti.

Et quo ad primum attinet articulum: licet dispositio *d. l. sancimus*, *cū concord.* de plano procedat, nonnullas tamen pati declarationes dicebam, & inter alias quotiescumq; in donatione iuris iurandi interuenerit firmitas: & quàmuis ipsemet *Regens Rouitus* hanc limitationem prænoscens, affirmauerit, non esse vndequaque receptam, cùm magna fuerit inter *DD.* controuersia, an simplici in-
2 terueniente iuramēto, firma dici possit donatio, absque aliqua insinuationis sollemnitate, de qua latè per *Cęuall.* post alios *quæst. 222.* *Ant. Gomez tom. 3. variar. cap. 4. num. 8. Mattienz. in l. 3. gloss. 3. nu. 5. tit. 2. lib. 5.* & in *l. 7. gloss. 6. num. 4. tit. 10. lib. 5.* & latissimè *Seraphin. de priuil. iuram. priuil. 73. per totum*, vbi omnes rationes, & Doctores pro vtraq; parte expendit, & tandem pro validitate donationis concludit; Nihilominus quando in donatione fuit specialitèr insinuationi cum iuramento renunciatum, omninò validam dixerunt magis communitèr *Doctores*, vt refert *Capyc. decis. 159. num. 11. & 32. Menoch.* qui alios allegat *in cons. 1. nu. 377.* vbi latè hoc obseruat *Cauagnol. in addit. num. 142. cum seq.* & idem *Menoch. in cons. 465. num. 10. Gozzadin. in cons. 87. num. 12. & 13.* latè alios congerens *Ant. Gabriel commun. opin. tit de donat. concl. 1. num. 66. & 69.* fusè etiam *Guid. Pap. in decis. 350. per totam*, & communem, & ab ea minimè recedendum refert *Turrett. in cons. 47. num. 49. cum seq. lib. 1.* innumeros adducens, & optimè etiam suo more *Tiraquell. in præfat. l. si vnquam, nu. 143. C. de reuoc. donat. Iul. Clar. lib. 4. §. donatio, quæst. 18. Riminald. iun. in d. §. 1. num. 625. & 659. cum seq. Instit. de donat. Anna pater in singul. 259.* vbi *Anna filius in addit.* alios congerit *Linglois in suo Cod. decis. 50. quæst. 2. num. 11.* latissimè etiam *Borrell. lib. 3. vniuers. decis. tit. 13. à nu. 84.* quibus etiam adstipulantur *Guttierr. in repet. l. nemo potest, num. 340. & seq. de legat. 2. Magon. decis. Florent. 65. à num. 40. cum seq. Seraphin. d. priuil. 73. Neuizzan. cons. 8. num. 6. & seq.* vbi latissimè pro vtraq; parte allegat *Crass. commun opin. lib. 1. cap. 8. q. 14. tom. 2. & Farinac. in repert. de contract. q. 23. nu. 11. cum seqq. Rota Romana* penès *Ludouisium decis. 542.* vbi latè addit *Beltramin.* & admittit idem *Reg. Rouitus* vel inuitus *num. 4.* Vndè cum in hac donatione specialis renunciatio ipsi insinuationi, iureiurando vallata interuenisse legatur, sequebatur omninò validam esse iudicandam donationem.

Sed non ideò acquiescendum duxit vir vndequaq; doctus, sed videns communiori calculo huiusmodi limitationem amplexatam, ad limitationem eiusdem limitationis cucurrit, affirmans huiusmodi iuris iurandi

efficaciam, non posse effectum producere, nisi donantem inter, & donatarium, non autem contra tertium, cui ex donatione posset prçiudicium aliquod generari, asserens de natura iuramenti esse, ne operetur contra tertium per ea, quæ dixit *Bart. in l. Titia Seia 89. §. imperator, ff. de legat. 2.* & cęteri per eundē *Regentem* adducti *n. 5.*

3

Huius limitationis antesignanus fuit post *Bart.* & alios antiquiores *Soccin. iun. in cons. 69. num. 40. lib. 5.* allegatus à *Riminaldo in d. § 1. n. 737. instit. de donat.* quem ad suam corroborandam opinionem adducit idem *Reg. Rouit. d. num. 5.* & sequitur *Gabr. d. conclus. 1. de donat. num. 68. Viuius commun. opin. verbo donatio, concl. 212.* & cum eis videtur transire *Cancer. lib. 1. variar. cap. 8. num. 5. in fin. & seq.* affert etiam *Dom. Rouit. Alciatum* ità expressè sentientem *in cap. cum contingat, num. 178. & seq. de iure iur.* & in *l. pacta quæ contra, num. 34. in fine, C. de pact. & Pappon. lib. 11. tit. 1. arrest. 28.* nec non *Maynard. d. decis. Tholos. 53. lib. 2.*

Nec contentus authoritatibus, rationibus etiam, suam comprobare nititur sententiam, quia inquit, insinuatio non fuit simplicitèr respectu contrahentium inducta, sed etiam, quinimò principalitèr respectu aliorum ne quis clàm donādo, & posteà contrahendo alios deciperet, iuxtà *text. in l. data alias lata, C. de donat.* & ideò ob publicam vtilitatem, quo casu nō iuuat iuramentum, *cap. non est obligatorium, de reg. iur. in sexto,* & voluit post *Bart. in l. Modestinus, de donat. Gozzadin. cons. 88. & Seraphin. vbi supra num. 51.*

4

5

Nihilominus hanc etiam limitationem neq; posse in casu cōtingenti procedere, ex multis demonstrabamus, quàmuis enim vera sit regula iuramentum scilicet non operari cōtra tertiū, cui ex illo aliquod posset inferri prçiudiciū, illa tamen duobus modis inter alios intelligi debet.

Primò, quando tertij præiudicium circa aliquod ius iàm quæsitum, vel saltem spe considerabili, & proxima quęrendum versatur, putà si ageretur de exclusione filij, cui saltem in spe dicitur debita successio, ad notata per *Bart. in l. is potest, ff. de acquir. hæred.* & in hac specie loquutus est idē *Bart.* in contrariū allegatus per *Dom. Rouitum* alijq; eiusdem opinionis sectatores *in d. l. Titia, §. Imperator, n. 5. vers. quæro mater,* vbi asserit, quod si mater, vel pater inofficiosè donauit, & non contrauenire iurauit, poterit tamen filius agere, paterno non obstante iuramento, quia illud in alterius dispendium vergeret, & allegat *cap. quàmuis, de pact. in 6. & cap. licèt, de iure iur. in 6.* & in his etiam terminis loquutus est *Bald. in l. 1. C. de inoff. donat. col. 5. vers. ex prædictis,* & ità in specie, regulam prædictam intelligit, & declarat idem *Seraphin. d. priuil. 73. num. 94.* allegans *Soccin. in d. cons. 69.* eumq; sequuntur *Rimin. Gabr. Viu. cęteriq; superius allegati.*

6

Propterea cū in casu de quo agebamus, posteriores creditores Principissæ donantis, ius aliquod quęsitum, vel saltem spe considerabili quærendum tempore donationis non haberent, nullus enim cū illis initus fuerat contractus, neq; forsan iniri putabatur, sequitur non posse quòad illos regulā prędictā applicari; faciunt notata per *Rot. Rom. decis. 1. de donat.* aliàs *decis. 484. & Caball. cons. 23. nu. 8.* & consequentèr validā esse donationem dicendum, stante iurata renunciatione insinuationis sollemnitati, etiam in præiudicium ipsorum creditorum, qui post donationem contraxerunt ex prædictis.

7 Nec obstare dicebam aliquo modo declarationem *Glossæ in d. cap. cum contingat, de iure iur.* vbi explicando illa capituli verba (*cùm in alterius præiudicium non redundat*) subintelligit, scilicet *creditorum, & filiorum,* quasi præiudicium illud considerari possit

possit nedum respectu filiorum, quibus ius quæsitum dicitur, sed etiam respectu creditorum, quibus ius est quærendum, debet enim doctrina *Glossæ* intelligi de illis creditoribus, quibus esset ius iàm quæsitũ, & consequentèr de anterioribus, non autem de creditoribus posterioribus, quibus nullum ius, neque in spe esset quæsitum, & ideò *Rota Romana in vna Meleuitana pecuniaria coram Durando die* 29. *Maij* 1630. *in decis.* 259. *num.* 15. *vol.*2. cum conclusisset contra donationem iuratam non obstare insinuationis defectum, ex multis adductis per eandem *Rotam in decis.*165.*num.*2.*in fin. par.*1.*recent. & decis.*665.*nu.*7.*& seq. tom.*3.*penès Farinac.*respondendo ad obiectũ, quod iuramentum non operatur in præiudicium tertij creditoris, ex *text. in d. cap. cum contingat*, & ex doctrina *Bart.in d.§.Imperator*, respõdet, quod hoc obiectum tollitur, ex quo credita non probabantur anteriora donationi, & sic apertè sentire videtur, *Glossæ* opinionem debere intelligi de creditoribus anterioribus, quibus ius
8 iàm ex contractu quæsitum erat, non autem de posterioribus, quibus iurata donatio præiudicat, non obstante insinuationis defectu, cùm non præsumatur in illorum fraudem facta, *l.*1. vbi *Gloss. vlt. de iure fisci lib.*10. sed debeat euidẽtèr probari *l.dolum*, cum ibi notatis *C. de dolo*, refert optimè *Hieronym.Gabriel in cons.*82.*nu.*4. *lib.*1. & sequitur *Card. Mantica de tacit. & ambig. lib.*11. *tit.*22.*num.*25. non enim fraudari potest qui nullum adhùc ius habet, vt notat ad propositum *Ant. Faber in suo Codice, tit.de donat. diffinit.*5. *num.*19. nisi de illis creditoribus, donationis tempore cogitatum probetur, ex notatis in *authent.sed iàm necesse, C.de donat.ante nuptias.*
9 Secundò modo debet prædicta regula intelligi, quando ex iuramento principalitèr, & directè inferretur tertio præiudicium, non autem si secundariò, & indirectè; ità etiam declarat eadem *Gloss. Magistra in d.cap. quàmuis, de pactis in 6. in verb. detrimentum*, quam *Glossam* singularem dixerunt ibidem *Franc. & Gemin.* & cæteri communitèr, vt per *Guttierr. in repet. d. cap. quàmuis, in verbo nec redundet, num.*1. *Felin.in cap.cum M. Ferrariensis, num.*29.*vers.& benè facit, de constit.* & in *cap.fin.num.*4.*vers.benè faciunt, de maiorit.& obed. Ias.in l.nequaquam, §.decretum, num.*35.*de offic.Procons. Abb. in d.cap.cum contingat, in fin.* latè *P.Thom. Sanchez super decalog.lib.*5.*cap.*9.*nu.*39.*& Merend.de cambio cap.*20.*nu.*9.& ità etiã videtur fuisse loquutus *Socc. iun. in d.cons.*69. *nu.*8.dùm allegat *Gloss.in d.cap.quàmuis.* Et generalitèr statuendum, tùnc demùm dici quicquã in alterius præiudicium redundare, quando principalitèr, & directè illum respicit, non autem si secundariò, vt notat *Lopez in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor.* §. 27. *num.*14. *Tiraquell.in tract. res inter alios acta, vers.sed hæc, propè finem, & Couar.in cap.Raynutius, de testam.*§.10.*num.*9.*ad finem*, & in puncto ità dictum *Soccini consilium* intelligit eadem *Rota Romana in vna Beneuentana territorij, seù donationis coràm Gipsio die* 31.*Octobris* 1585.relata à *Mancin.de iuram.p.*4.*effect.*59. *num.* 6. vbi specialitèr decernitur, quod insinuationis defectus tollitur per iuramentum, etiam in tertij præiudicium, quando hoc non euenit principalitèr, sed secundariò, quæ videbatur punctualis decisio ad casum nostrũ, & registratur in *deci.*876.*inter nouitèr nouissimas collectas per Farinac.* & impressas Francofurti in anno 1641.quæ est omninò videnda.

Et eò fortiùs ità intelligi debet cùm *Soccin.iun. in d.cons.*69. *num.*40. vltrà *text. in d. cap. quàmuis*, allegat etiam *Soccin.sen. in cons.*33.*num.*8.*in*
10 *princ.* qui hoc non dixit, sed potiùs contrarium: dùm affirmat iuramen-

tum, nedum insinuationis defectum supplere, & obligare iurantē ad obseruantiam, sed etiam contractum ipsum firmare, per *tex. in authent. sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* & consequentèr si firmat contractum, intelligitur respectu omnium, vt docuit *idem Soccin. sen. ibidem num. 20. vers. imò si vlteriùs, circa finem,* & in *cons. 78. & 80. num. 8. & 10. vers. his tamen minimè repugnātibus,* vbi hanc limitationis materiam latiùs examinat, cui subscripsit *Alexand. ibidem in cons. 79.*

Hinc colligebatur etiam clara responsio ad rationem quam ipsemet *Dom. Rouitus* adducit, non enim prin-
11 cipalitèr fuit introducta insinuationis sollemnitas fauore publico ad euitandas fraudes respectu contrahentium, quinimò principalitèr intuitu ipsiusmet donantis, nè tàm facilè, & prodigalitèr fierent donationes, & ad finem vt quis deliberatè, & consultò, non autem absq; consideratione, & quasi deceptus ad donandum impelleretur, & nè per domesticas personas clādestinè ad hoc induceretur, vt expressè habetur in *d. l. data, C. de donat.* Ex qua colligitur fraudis suspicio ab Imperatore considerata, versari potiùs circà ipsius donantis fauorem, quam aliorum, vt post *Io. Andr. in addit. ad Specul. de instrum. edit. §. porrò, verb. donatio, & Rebuff. de insinuand. donat. artic. 5. gloss. 5. num. 1. ad* 8. videtur sentire *Gratian. discept. for. cap. 854. num. 82.* vbi alios adducit, & in *cap. 887. num. 23. & 24.* & ideò cùm principalitèr insinuationis sollenitas fuerit fauore ipsiusmet donantis introducta, sequitur potuisse iureiurando illi renunciari, quàmuis secūdariò præiudicium tertio inferatur, vt optimè etiam docet *Ant. Gomez tom. 2. variar. cap. 4. de donat. num.* 8. quia licèt adsit fauor publicus, cum è Republica sit, ne quis malè suis rebus vtatur, & prodigalitèr depauperetur, vt dicit idem *Gomez num. 6.* attamen huiusmodi insinuationis sollemnitas non respicit publicam vtilitatem principalitèr, sed secundariò; quia principalitèr respicit priuatam, vt scilicet donatio fiat cum maiori deliberatione, & euitentur fraudes per *d. l. data, C. de donat.* & idem *Gomez num. 6.*

Ideò dixit *Caball. in cons. 142. n. 24.* post *Aretin. in cons. 123. num. 2. & Bec.*
12 *in cons. 66. num. 22. lib. 1.* quod insinuatio nil aliud est, quam donationis priùs nullitèr factæ ratificatio per *d. l. sancimus, §. fin. in verbo conualescat, C. de donat.* & sequitur *Mandell. Alba in cons. 4. num. 89.* post *Bald. in l. fin. colum. 2. C. de donat. ante nupt.* optimè *Ioseph Ludouic. in commun. opin. tit. de donat. conclus. 2. in princ.* vbi addit authoritate *Dueñas in reg. 224.* Quod insinuatio quatuor ex causis fuit introducta; Prima, vt interim donans, possit meliùs deliberare, an sibi donare expediat. Secunda, vt iteratio, actus ostendat perseuerantiam. Tertia, vt occurratur falsis probationum modis. Quarta, vt omnis tollatur deceptionis suspicio in damnum donantis, quæ omnia priuatum, imò ipsiusmet donantis commodum respiciunt.

Hoc autem facilè cōuincitur, quia aliàs in donatione infra summam aureorum quingentum, adhùc esset ne-
13 cessaria insinuatio, cùm etiam infra prædictam summam posset adesse fraus, & præiudicium creditorum, & nihilominus contrarium decernitur in *d. l. sancimus,* vt post *Guid. Pap. in d. decis. 350. & Socin. sen. d. cons. 77. 78. 80. Seraphin. d. priuil. 63. Riminald. d. §. 1. Instit. de donat. num. 625. & seq. & num. 703. cum seq.* refert *Sperell. decis. Rotæ Romanæ 47. num. 11. & seq.* qui omnes ità declarant *d. l. data, C. de donat.*

Similitèr etiam in donatione ad pias causas nulla requiritur insinua-
14 tio *d. l. sancimus,* & nihilominus non minus in ea versatur creditorum præiudicium,

iudicium, quam in alijs donationi-
bus, sed quia principalitèr illud non
cõsideratur, sed tantùm respectu do-
nantis, nè fraude, vel facilitatè indu-
ctus sit ad donandum, quæ cessare vi-
dentur in donationibus ad pias cau-
sas, & in donationibus infra summã,
in quibus lex non requirit tantam
obseruantiam, & sollemnitatem, ideò
non mirùm, si cessante ratione legis,
cesset etiam illius dispositio.

Hinc dixit *Guttier. in d.l. non po-
test, ff. de leg. 2. num. 240. cum seq.* quod
15 quando non constat de fraude, & si-
mulatione, valida est donatio absque
insinuatione, quando illi cum iura-
mento fuerit renuntiatum, quia ces-
sat causa, & proindè necessaria est
probatio fraudis, ad hoc vt donatio
nulla reddatur, quod nequaquam
esset necessarium, si quotiescunque
fieret absque insinuatione illa præ-
sumeretur.

Quinimò *Anastas. Germon. de sacr.
immun. lib. 3. cap. 21. num. 99. cum seq.*
dùm quærit rationem differentiæ in-
ter donationem, quæ reuocatur ob
superuenientiam filiorum, & dona-
16 tionem absq; insinuatione, quę stan-
te specifica renunciatione iurata, va-
lida est: illa verò etiam cum iuramẽ-
to inualidatur; asserit hoc euenire,
quia illa principalitèr annullatur fa-
uore filiorum per *l. si vnquam*, non
obstante iuramento, quod non præ-
iudicat tertio, quando eius fauore
principalitèr inualidatur donatio; sed
nõ ità proceditur in donatione absq;
insinuatione, quia iuramentũ inquit,
eo casu non nocet tertio principali-
tèr, sed ipsi dumtaxat donãti, ideòq;
non mirùm, si ipsi insinuationi validè
cum iuramento renunciari possit.

17 Accedat, quod si coràm Iudice
donatio fiat, non obstante insinuatio-
nis defectu valida iudicabitur *d. l. sã-
cimus*, & latè *Bart. in l. Modestinus, ff.
eodem*, cum alijs adductis per *Anton.
Gabr. d. concl. 1. de donat. nu. 46. & 47.*
& refert etiã *Capyc. d. decis. 203. nu. 13.*
quinimò etiam si tantùm in donatio-
ne decretum Iudicis interueniat, va-
lida erit donatio absq; insinuationis
sollemnitate, *Roland. à Valle cons. 39.
nu. 42. & seq. vol. 1. Dueñas in reg. 224.
limit. 8 & Virgin. Boccac. in Constitut.
March. gloss. 5. num. 11.* & refert *Fari-
nac. in repert. de contractib. quæst. 23.
num. 18. & 52.* Et nihilominus certũ
est, non ideò euitari posse fraudem in
præiudiciũ posteriorũ creditorũ, non
enim exindè, ꝙ corã Iudice fiat, cer-
tiorati dici possunt creditores posteà
cum eo contracturi, nè contrahant,
ideòq; nullo pacto inferri posse dice-
bamus, insinuationem fuisse princi-
palitèr inductam ad tollendas frau-
des in prȩiudicium futurorum credi-
torum, sed potiùs intuitu ipsiusmet
donantis, vt supra dictum est, ne ab
aliquo ad donandum impellatur, &
decipiatur, & saltem, vt inter dona-
tionem, & insinuationem deliberare
possit, nùm è re sua sit, & expediens
donationem perficere, vt post alios
dixit optimè *Gratian. d. cap. 854. n. 42.*

Exindè sequitur, quod quoties-
cumque de enixa, & deliberata do-
nantis voluntate constat, vtputà per
18 geminationem actus, non requiritur
insinuatio, quia ex illa geminatione,
videtur insinuationis ratio suppleri,
vt concludere videtur *Bertra. in con-
sil. 30. incip. Ex casu, colum. 3. in princ.
num. 1. in fin. lib. 3. par. 2.* & ex *Speculat.
& Canario de insinuat.* veriorem dicit
idem *Gratian.* videndus *discept. forens.
cap. 531. num. 31. & seq.* Quoniam ex
illa actus geminatione, veritas dona-
tionis colligitur, & perseuerantia do-
nantis, & omnis error, fraus, & simu-
latio exploditur; Et ideò non fuisse
inductã huiusmodi insinuationis sol-
lemnitatem fauore futurorum credi-
torum, sed intuitu ipsius donantis di-
cendum est: Quinimò cùm in casu
de quo agebamus, geminata fuerit
huiusmodi donatio, & semel, & bis
ratificata per Principissam, acceptan-
te nomine Principis donatarij Regia
Consi-

Consiliario Io. Andrea de Georgio illius Curatore, validissima erat iudicanda, non obstãte insinuationis defectu, accedẽte præterea specifico iuramento, quod habet etiam vim duplicis, & repetiti consensus, ad nota-
19 ta per *Gloss.in d.cap.cum contingat, de iure iur.* imò maiorem in se habet efficaciam, vt post alios tradit *Couar.in d.cap.quàmuis, par.2.§.1.num.10.de de pactis in sexto*, & refert etiam *Anastas.Germon. de sacror.immunit.d.lib.3. cap.21.num.202.*

Propterea nõ multum faciendum erat de dictis per *Alciat.Maynard.& Pappon.* in contrarium per Dominum *Rouitum* pro sua opinione allegatos. Quia cum arbitrati fuerint insinuationem principalitèr fuisse inductam ad euitandas fraudes in præiudicium creditorum; postcà contrahentium; non mirùm si opinati etiam fuerint non posse in illorum præiudicium, huic sollemnitati etiã cum iuramento renunciari ex prædicta regula, quod iuramentum non nocet tertio, quando principalitèr illum respicit; quinimò *Maynard.lib.3.quæst.21.n.4.*
20 asserit, ideò hoc fuisse per Reges Galliæ decisum, quia ipsi sanctiones de insinuatione promulgarunt in fauorem potissimùm creditorũ, idcircò non mirùm, si ipsemet *d.lib.2.q.53.* tenuerit, quod donatio antequàm insinuata fuerit, non præiudicat creditoribus, qui interim bona fide contraxerunt, & allegat *Alciat.in d. cap. cum contingat*, præcipuè cùm neque de donatione iuramento vallata loquatur. Ità etiam *Papponius* loquitur attẽtis prędictis Pragmaticis sanctionibus Regũ Franciæ de insinuatione loquentibus, & præcipuè Constitutione postrema Molinẽsi, in quibus fraus in præiudicium futurorum creditorum fuit principalitèr considerata, vndè non erat de illorum dictis habenda ratio, cùm particulari rationi desumptæ ex legibus, & sanctionibus illius Regni nitantur, de quibus etiam mentionem facit *Borrell. tom.3.decis.vniuers.tit.11.num.6. & Thesaur.lib.2.var.quæst.8.num.2.& Appendix in d. arrest. Pappon.* & de hac etiam Constitutione post *Rebuff. l.87. de verb.significat.vers.ad hoc*, meminit doctissimus *Faber in suo Codice lib. 8. tit. 40. de insin. don. diffin.1. & 5.* vbi aliud esse de iure communi fatetur, allegans *Clarum in §.donatio, quæst.18.* & in istis terminis particularis statuti loquitur *Cancer. vbi sup.* cum in Principatu Cathaloniæ adsit Constitutio, vt non valeat donatio absque insinuatione, & refert etiam *Fontanell.de pact.nuptial.clau.4.gloss. 29. num.11.& 12.* vbi circumscripta Constitutione prædicta asserit de iure communi, insinuationẽ esse quandam sollemnitatem iuris, priuatam respicientem vtilitatem donantium, nè domesticis fraudibus prodigalitèr donando decipiantur, & bonis priuentur, & hanc etiam fuisse rationem inducendæ insinuationis dixit *Facchin.lib.3.controu.cap.83.& P.Molin. tract.2. disput.238.nu.5.* & ità etiã in terminis statutariæ Cõstitutionis loquuntur *Monter. decis.Arag.44. nu.7. Alciat.respons.759.in fin.Menoch.cons. 465.num.15.& Barz. decis.94.num.6.* Ità etiam intelligi debet dictum *Crauettæ in cons.228.num.7.* per Dominũ *Rouitum* allegati, dùm asserit, iuramentum minimè tertio præiudicium inferre, cuius fauore aliquod fuit introductum, quod quidem nos non negamus, quoties principalitèr illum respicit, & proindè Domini *Rouiti* opinio videtur aliqualitèr authoritatibus, præter suã, (quæ alioquin magna semper apud me fuit) & ratione etiam destituta.

Accedat, quod ex his, & alijs motus *Dom.Regens de Ponte in cons. 84.*
21 *lib.1. in princ.* dixit, huiusmodi insinuationis sollemnitatem in hoc nostro Regno, in quo sola facti veritate inspecta proceditur, non esse in vsu, quia est mera iuris subtilitas, & cum

cum refert, & sequitur *Episc. Riccius in collect. decis.* 2075. *in 2. limit.* & idem in *addit. ad Tiraquell. de priuileg. piæ causæ priuileg.* 124. *in fine, & Nouar. in tract. de miserab. person. priu.* 124. *nu.* 11. & ante eos dixit *Calderin. in cons.* 1. *de donat. Carol. de Grassal. de regal. Franciæ iur.* 7. *Boer. in consuetud. Bituricens. tit.* 9. *de donat.* §. 2. *propè finem, vers. sed hodie*, cæterique per eundem *Dom. Rouit. num.* 8. adducti, qui omnes de hoc nostro Regno loquuntur.

Hinc videmus, quod cum innumeras donationes mille ab hinc annis factas fuisse constet, nunquàm tamen de huiusmodi insinuationis sollemnitate oppositũ fuisse legitur; & ideò *Capyc. in d. decis.* 203. licèt affirmet, quod stricto iure insinuatio in donatione summam quingentorum aureorum excedente, requiratur, pro validitate tamen donationis ibi decisum fuisse affirmat, ex eo quia in similibus donationibus, nunquam fuerit opposita hæc insinuationis exceptio, vt legitur ibi *num.* 17. *vers. in hac causa.* Et licèt huic instantiæ per *Dom. Rouitùm* replicetur; quod si hoc verùm esset, nõ esset necessaria huic sollemnitati renunciatio specialis cum iuramento in omnibus donationum contractibus, vt passim fit; illud nihilominus fieri dicebamus ad maiorem cauthelæ cumulum, & ad omnes difficultates tollendas ex supradictis.

Demùm neque prætereundum dicebamus *Rot. Roman. in decis.* 653. *num.* 1. *tom.* 2. *in collectis per Farinac.*
22 dixisse ad propositum, donationem ab auia nepoti factam propter naturalem erga eum affectionem insinuationis sollemnitate non egere, proùt neque in donatione facta alicui de agnatione, & cognatione, dixit *Anna in cons.* 108. *num.* 26. & sequitur *Cons. de Georgio in allegat.* 33. *num.* 16. & 22. quod videtur concordari cum his, quæ notat *Pichard. in* §. *aliæ, Instit. de donat. num.* 10. vbi affirmat huiusmodi insinuationis necessitatem à lege inductam, fuisse posteà per Imperatorem Pium Constantinum quòad filios, & parentes immutatam, de qua in *l.* 4. *tit. de donat. in Codic. Theodosian.* quam tamen in libro meo inuenire non potui.

Ex quibus oĩbus, ni fallor, videtur primum hoc motiuũ per *Dom. Regentem Rouitum in decis.* 48. deficientiæ Aduocatorum addendo, excitatum, in casu de quo agebamus, minimè potuisse procedere, stante expressa renunciatione insinuationis, iureiurando firmata.

Decisionem vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Prælatio potiùs danda est iis, qui de damno, quam qui de lucro certant.*
.. *Et ideò creditores ex causa onerosa præferendi sunt causam lucratiuam habentibus, ex* Cumani *doctrina.*

2 *Prælatio ex causa onerosa procedit inter creditores in actione personali, nõ autem inter hypothecarios, inter quos procedit regula prior in tempore, potior in iure.*

3 *Creditores ex causa onerosa esse præferẽdos creditoribus ex causa lucratiua, licèt anterioribus nulla lege cauetur.*

4 Text. in l. priuilegij, ff. de priuileg. credit. *loquitur de creditoribus in actione personali, & latè eius verba ponderantur.*

5 *Hypotheca est ius afficiens, & sequitur rem sicut lepra leprosum.*

6 *Hypotheca est adeò potẽs, vt præferatur priuilegio.*

7 *Fiscus præfertur ei, qui ad refectionem pecuniam credidit.*
.. *Non tamen præfertur hypothecario anteriori.*

8 *Intellectus ad* text. in d. l. priuilegia, ff. de priuileg. credit. *affertur.*

9 *Actionum personalium priuilegia ex causa, non ex tempore extimantur.*
.. *Et ideò inter eos non cadit regula qui prior, sicut inter hypothecarios.*

10 Text.

10 Text. in l.assiduis, §.duabus, C.qui potior.in pign.hab. *ponderatur,*

11 *Temporis ordo inter mulierem, & Fiscum est attendēdus, si de credito contentio sit, non priuilegium.*

12 *Item* text.in d.l.assiduis, §.hæc autē, C.qui potior.in pign. *explicatur.*

13 *Donatio ante nuptias non dicitur simplex donatio, sed ob causā authoritate* Domini Conf.de Carleual.

.. *Nec habet priuilegia simplicis donationis, & signanter vt non teneatur in quantum facere possit.*

Sed contrarium ex eadem l. assiduis, §.hæc autem, *ostenditur vbi lucrum ab Imperatore appellatur.*

14 Text.in l.fin.§.Lucius,ff.de donat.*occurritur, & explicatur.*

.. *Ibi enim illud deciditur, non ex prærogatiua causæ, sed quia fuerat res donata absq; hypotheca.*

.. *Et ideò creditor hypothecarius, licet posterior debebat præferri, non ratione causæ, sed ratione hypothecæ, quæ actioni personali semper præfertur.*

15 *Doctrina* Bartoli in d.l.Lucius *reijcitur, & textus verba enucleantur.*

16 *Dominia rerum traditionibus, non pacto nudo, nudaq; voluntate transferuntur.*

17 *In hypotheca constituenda sufficit rem in dominio obligantis esse.*

18 *Res antequā à donatore tradatur, manet in eius dominio, qui potuit eam obligare, & ideò traditione sequuta transit cum sua causa.*

19 Celsi Vgonis *consilijs occurritur in contrarium sentientis.*

20 *Actio hypothecaria, ratione, satis differt à personali.*

21 *Occurritur etiam* Reg.Conf.de Carleual *dūm videtur petere principia.*

22 Text. in l.1.C. de iure fisci lib.10. *explicatur.*

23 *Perfecta donatio conditionem non admittit.*

24 *Res non potest dici secundo creditori obligata, nisi à primo debito liberata res fuerit.*

.. *Vel nisi consensus illius, cui primo res obligata fuit interueniat.*

25 *Traditio rei nulla requiritur ad obligandam rem hypothecæ vinculo.*

.. *Non enim cōsideratur, cui res primo tradita fuit, sed cui primò obligata.*

26 *Creditores præferuntur Fisco in pœnis ex* l. placuit 37. de iure fisci, *etiam quod in his Fiscus hypothecā habeat ex prærogatiua causæ onerosæ, quæ lucratiuæ præfertur.*

.. *Sed contrariū ostenditur num. seq.*

27 *Fiscus in pœnis hypothecæ priuilegio non gaudet.*

.. *Non ante sententiam, quia tunc nullum ius habet in bonis.*

. *Nec post sententiam, quia statim effectus est dominus, & in re propria non stat pignus.*

28 Text.in l.si maritus 12.C.de donat. inter vir.& vxor. *explicatur.*

29 Textui etiā in c.1. de not. feud. *occurritur, quia procedit in actionibus personalibus, nō autem hypothecarijs.*

ARGVMENTVM.

Prærogatiuā causæ onerosæ non haberi in consideratione, nisi inter creditores in actione personali, quorum priuilegia ex causa, non ex tempore, extimantur, non autem inter hypothecarios, in quibus militat regula, qui prior in tempore, potior in iure: ad declarationem *decis.* 48. *Domini Regentis Rouiti.*



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LV.



Secundo loco principaliter mouebatur *Dom. Regent Rouitus* ad decidendum in fauorem posteriorum creditorum, ex eo quia cũ huiusmodi donatio fuisset merè lucratiua, omninò erat donatarius posthabendus, & præferendi creditores onerosam causam præferentes, licèt tempore posteriores,
1 cùm certum esse affirmaret anteponendos forè eos, qui damno, quã qui de lucro certant, *l. vlt. in fin. de codicill. l. scimus vlt. §. licentia, C. de iure deliber. l. fin. C. de acquir. poss.* cum alijs per *Menoch. lib. 2. præsumpt. 72. nu. 7.*

Huius autem opinionis antesignanum fuisse, dicit, *Cuman. in l. priuilegia 17. ff. de priuileg. credit.* is enim *num. 10.* ità loquitur: *Alia tamen priuilegia ego reperio. Primum, inter creditores chirographarios præfertur ille, qui priùs ad sententiam venit, vt l. inter eos, de re iudic. quando non est vndè omnibus satisfiat, & ibi fuit illatum ad creditores habentes instrumentum publicum, quod habet vim sententiæ. Aliud est, vt creditores ex causa onerosa præferantur creditoribus ex causa lucratiua, quod est singulare ad reuocandas donationes, & solutiones factas; quod deduco: Donans habet hoc priuilegium, vt non conueniatur nisi in quantum facere potest deducto ære alieno, sicut ergo ipse debitor potest deducere, ità & creditores eo inuito, l. si cui, C. de non numer. pecun. Cumanum* autem neq; singularem in hac opinione remansisse, sed eum plurimos fuisse sequutos inquit *Dom. Rouitus*, & præcipuè *Iason. in d. l. inter eos, num. 7. & 8. ff. de re iudic. Alciat. in l. pupillus, num. 14. ff. quæ in fraud. credit. Capyc. decis. 75. nu. 7. Afin. de exequut. §. 7. cap. 47. Castill. decis. 72. in princ.* latissimè *Guttier. de iuram. confirm. par. 3. cap. 15. num. 20. in fine, Antonin. Amat.* qui innumeros colligit, licèt multos in alio casu loquentes *lib. 1. var. resolut. 16. num. 14. Dom. Reg. Constant. in l. 1. & 2. nu. 114. vers. ego verò, C. de fil. official. lib. Cons. Pascal. de virib. patr. potest. par. 2. cap. 9. nu. 46. Capyblanc. in singul. 1. post tract. de Baron. & ex Theologis* quamplurimos adductos per *Sayrum in claui Regia lib. 2. tract. 5. cap. 10 num. 34. Garon. ad constit. Mediol. de iure, & priuileg. fisci cap. 4. num. 14. cum seq.* alios etiam ad hoc colligit *Dom. Cons. de Carleual olim meus collega, doctrina, & probitate insignis par. 2. de iudicijs disput. 30. num. 9.* vbi mordicus hanc defendit opinionem, tenet quoq; *Barbat. de assistent. gloss. 7. num. 17. cum seq.* & nouissimè doctissimus *Nogucrol. alleg. 14. num. 68. & seq.* vbi ait ex prædicta *Domini Regentis Rouiti* decisione magnam acquisiuisse authoritatem huiusmodi *Cumani* sententiam.

Nihilominus hanc quoq; *Dom. Rouiti* opinionem, aliorumq;, qui eandem amplexati fuere sententiam, salua pace tantorum virorũ dixerim, in casu de quo disputabamus, nullo modo potuisse procedere, ex multis demonstrabamus.

Vt autẽ à capite exordiamur nonnulli ex Doctoribus superiùs allegatis, ex prædicta *Cumani* doctrina assumunt generale axioma, ex prærogatiua scilicet causæ onerosæ, præferri creditores ipsis donatarijs, quàmuis tempore anterioribus, proùt sentire videtur inter alios *Castill. d. decis. 72. in princ.* & quamplurimi ex adductis per *Anton. Amat. d. resol. 26. num. 14.*

Attamen nos nõ ità generalitèr, & indistinctè intelligi huiusmodi propositionem debere, dicebamus, sed tantùm creditores inter in actione personali, inter quos locũ habere poterit huiusmodi distinctio causæ lucratiuæ, & onerosæ, minimè autem inter creditores, qui hypothecario etiam munimine roborantur, quia inter

inter eos locum sibi vindicabit regu-
2 la qui prior in tempore, potior in iure, de qua in *cap. qui prior 54. de regul. iur. in 6. l. si fundũ 4. cum duabus seqq. C. qui potior. in pign. hab.* In quibus regula hæc canonizatur, vt in pignoribus, & hypothecis potior sit in iure, qui prior est tempore.

Fũdabamus hoc, primo loco, nulla
3 lege sanciri, creditores hypothecarios ex causa onerosa, esse præferendos creditoribus hypothecã habentibus, licèt ex causa lucratiua, vnde nullo modo debet eis hoc priuilegiũ contra ius commune indulgeri, titulus enim *de priuilegijs creditorum* de hoc nõ loquitur, sed tantùm de cre-
4 ditoribus in actione personali, vt post alios tradit *Afflict. in decis. 190. num. 6.* & ideò benè dixit *Gloss. in d. l. priuilegia, in verbo priuilegia*, textum illum loqui de priuilegijs personalibus, non realibus, quia vt dicit ibi *Paulus Iureconsultus. Priuilegia nõ ex tempore extimantur, sed ex causa*; vnde non poterat extendi ad creditores hypothecarios, in quibus temporis prioritas attendi deciditur in *d. l. si fundum, cum alijs concord.* sed tantũ in creditoribus in actione personali, quorum priuilegia ex causa, non ex tempore extimantur, vt dicit idem *Paulus* ibi, *licèt diuersitates temporis in his fuerint*; & ideò in hypothecarijs attendi deber ius commune, non priuilegium, quia vt dixit idem *Cuman. in d. l. priuilegia sub num. 2. in fin. vers. & quod dicitur*, in hypothecaria non est priuilegium, sed ius commune: propterea *Gloss. ibidem in verbo causa*, clatiùs docet inter hypothecarios esse præferendos tempore priorem per *d. l. si fundum*, & rationẽ assignat idẽ *Cuman. num. 8. vers. in eadem glossa*,
5 quia inquit hypotheca est ius afficiens, & sequitur rem sicut lepra leprosum; sed actio personalis sequitur personam, quę est capax plurium obligationum; quasi dicat non sic in hypothecaria, quæ cum sit ius afficiens, nõ poterit tolli nisi satisfactione, res enim non potest dici secundo creditori obligata, nisi à primo debiro liberata res fuerit, *l. & quæ nondùm 15. §. qui res sunt, ff. de pignorib.* & ideò incapax plutium obligationum, & propterea idẽ *Cuman. d. nu. 8. vers. tamen vos debetis sic concludere*, dicit, quod in creditoribus in actione personali attenditur ptiuilegium, in creditoribus verò hypothecarijs, siuè hypothecam habeãt ex conuentione, ad *text. in l. 1. de pignor. act.* siuè ex priuilegio, attenditur prioritas tẽporis, vt qui ptior est tempote potior sit in iure si agerent hypothecaria,
6 sin autem personali, idem quod in alijs personalibus, imò subdit, quod hypotheca est adeò potens, vt præferatur priuilegio.

Quod facilè cõuincitur, ex eo quia licèt Fiscus sit priuilegiatus, adeò vt
7 etiam præferatur ei, qui in refectione pecuniam credidit, vt dicit *Martianus in l. quod quis 18. ff. de priuileg. credit.* nõ tamen præfertur hypothecario creditori anteriori, vt respondit *Vlpian. in d. l. si pignus 8. ff. qui potior. in pign.* & decreuit *Imperator in d. l. si fundum 4. C. eod. tit.* & propterea non erit dubitandum, quin prærogatiua causæ in personalibus tantùm actionibus sit consideranda, nõ item in realibus, quia in eis nõ attenditur priuilegium, vt in *d. l. si pignus*, vbi Fiscus etiam hypothecã habebat, licèt posteriorem.

Nec *text. in d. l. priuilegia* potest alio modo intelligi, nisi in creditoribus in actione personali, alioqui magnũ sequeretur absurdum; dicitur enim
8 ibi, quod si creditores eiusdem tituli fuerint, concurrunt, licèt diuersitates tẽporis in his fuerint, ex quibus verbis sequitur, quod si contigerit duos adesse creditores priuilegiatos, licèt vnus obligationem anteriorem habeat, ambo tamen concurrere debeant, secundũ *textus* litteram; at si hoc quoq; in creditoribus hypothecarijs

carijs intelligere velimus, & præcipuè in creditoribus ex causa onerosa esset absurdum dicere, vt concurrere habeant, sed priorem in tempore, potiorem esse in iure; ideòq; necessariò debet *Pauli* responsum *in d.l. priuilegia* intelligi in creditoribus in actione personali, in quibus certum est, prioritatē temporis non attendi, sed causam, & in eis benè verificari poterit textus dispositio, quod si omnes sint eiusdem tituli concurrunt, licèt alter altero prior, creditū contraxerit. Hinc benè dixit Doctissimus *Ant.Faber in suo Codice lib.7.tit.33.de*
9 *bonis auth.Iudic.poss.dissin.3.* Personalium actionum priuilegia ex causa, non ex tempore, extimanda esse, nō enim inquit, sicut inter hypothecarios, ità inter chirographarios, qui prior est tempore, potior in iure.

Conuincitur hoc etiam ex textu notabili, quàmuis vulgato in *l. assiduis, §.duabus, C. qui potior. in pignor.*
10 *hab.* alitèr quam ab alijs ponderato, vbi licèt dos sit priuilegiatissima, adeò vt etiam ad refectionē, vel emptionem mutuanti præferatur sicut Fiscus, *§.consequens, auth. de æqualit. dotis.* Nihilominus si duas dotes contingerit esse satisfaciendas, licèt sint eiusdem tituli, non ideò concurrunt ex dispositione *d. l. priuilegia*, sed ex tempore eorum prærogatiuam extimari decidit *Imperator in d.§.duabus*, rationē dat ibi *Gloss.in verbo ex tempore*, hoc scilicet esse propter hypothecam, in qua non consideratur priuilegium causæ, sed temporis, & ideò *text. in d.l. priuilegia* in personalibus tantùm procedere dicendum, vt dicit etiam *Gloss.in d.l. quàmuis, C.de*
11 *priuileg.fisci*, vbi si mulierem inter, & Fiscum, contētio de credito sit, temporis ordinem esse attendendum deciditur; & dùm *Gloss.* opponit *d.l.priuilegia*, respondit, ꝙ ibi agitur de personalibus priuilegijs, in quibus attēditur causa in *d.* verò *l.quàuis*, de realibus agitur, quę ex tēpore extimâtur.

Comprobatur etiam hæc nostra conclusio ex eadem *l. assiduis, §. hæc autem, C. eod.tit.* vbi *Hæc autem* (in-
12 quit Imperator) *tantùm ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori seruire disponimus, & habere inter creditores sui temporis ordinem*. Ex quibus verbis clarissimè colligitur pręlationis priuilegium mulieri pro dotibus concessum, quia ex causa onerosa procedunt; non ei competere pro donatione ante nuptias, quę lucratiua est, sed temporis ordinem esse attendendum, licet pro ea etiam detur mulieri hypotheca, *l.vbi adhùc*, & ibi *Gloss. in verb.suppositas, C.de iure dotium.* Et ideò videtur inter hypothecarios nō attendi prærogatiua causæ, sed temporis, alioqui, sēper creditor ex causa onerosa esset præferendus mulieri etiam anteriori pro ante nuptias donatione, cōtra dictum textum, quem ad hoc elegantèr nouitèr expendit doctissimus *Gaitus in append.par.2.resolut.3.num.90.& 92.in fine*, qui dùm hæc tipis mandantur suū diem christianè obijt.

Neq; satisfacit responsio, quàm idem *Dom.Consf.Carleual in d.disp.30. num. 39.* illi adaptare conatur, ideò
13 scilicet in eo textu per Imperatorē ità decerni, quia ante nuptias donatio non dicitur simplex, sed ob causam, ex *Ant.Gomez in l.50.Tauri nu.9. Monter.decis.10.num.15.Molin.de ritu nupt. lib.3.sect.1.quæst.1.num.170.* & ex alijs innumeris per eum adductis, nec habet priuilegia simplicis donationis, vt per *de Franch.in decis. 428.& 637.* & signantèr non potitur hoc priuilegio, quod non teneatur in quantum facere potest, ex quo fonte consequuntur creditores prioritatis prærogatiuam, ex *Tiraq.in l.si vnquā, verbo donatione largitus, nu.58.& 144.* Ideò non mirùm inquit, si mulierem inter, ex dicta causa donatariam, & creditores attendatur temporis ordo, non causa quasi donatio præ-

dicta lucratiua dici non possit.

Quoniam contrariũ expressè declarauit idem *Imperator* ibidẽ, eandem donationem lucrum appellans, dicens: *Non enim pro lucro fouemus mulieres, sed nè damnum patiantur*, & explicat etiam ibidem *Gotthofred.* Et hoc non obstante, noluit *Imperator* illam creditoribus ex causa onerosa postponere, sed temporis ordinem inter eos esse attendendũ decreuit, non quidem alia ratione, nisi hypothecæ, quæ ex tempore, non ex causa extimatur, vt videtur sentire *Gloss. ibidem in verbo suo tempori*.

Fulcitur etiam nonnullis alijs iuribus hæc opinio, de quibus latissimè per eundem *Dom. Gaitum in prædicto tract. de cred. par. 4. cap. 11. à nu. 1235. cum plur. seqq.* & *in append. par. 2. & 3.* vbi etiam ab intellectu, & responsis per eundem *Dom. Carleual* oppositis expurgat, & defendit.

14 Neque in contrariũ quicquam refragatur *text. in l. fin. §. Lucius, ff. de donat.* vbi qui donauit rem, ante tamẽ traditionẽ potest eam posteriori creditori obligare, qui firmam retinebit sui pignoris obligationẽ, etiã sequuta deindè traditione, proùt notat post alios idem *Ant. Amat. d. resol. 26. nu. 2.*

Etenim hoc ibi deciditur, non ex prærogatiua causæ, sed quia ibi fuerat donata res absque hypotheca, & ideò cum tantùm actione personali poterat donatarius experiri, vt notabilitèr dicit *Gloss. in d. §. Lucius, in verbo perfectam*, per *text. in l. si quis argentum, §. penult. C. de donat.* præferri debebat creditor hypothecarius, quàmuis posterior, non ratione causæ onerosæ, sed ratione hypothecæ, quæ semper personali etiam anteriori præponitur, ad *text. In l. creditor qui prior, § si primus, ff. qui potior. in pign. hab.*

Et quàmuis *Bart. in d. §. Lucius*, pertransendo interpretauerit illud ver-
15 bum *donauit*, idest ex causa donationis obligauit, & promisit, tamen vndè hoc collegerit ignoro, cum ex verbis, & verborum contextu id percipi nequaquam possit, nec *Gloss.* ibi de hoc mentionem fecit, sed illud verbũ, *donauit*, intellexit, idest quantum ad destinationem, neq; somniauit de obligatione. Quinimò idem *Scęuola Iureconsultus* in prędicto textu, quando voluit de obligatione loqui, illam clarè expressit, inquit enim: *Lucius Titius fundum Meuio donauit, & ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligauit*; Vndè colligitur, quod si in principio voluisset dicere, quod Lucius donando fundum, illũ Meuio obligauerat, expressisset, proùt in secũdo casu expressit, & ideò dùm non expressit noluisse censetur, vt ex *Riminald. iunior. conf. 112. num. 60. & seq. lib. 2. & Ger. Spin. consf. 13. num. 15.* latè declarat idem *Gait. par. 2. append. resol. 4 per tot.* & iterum *par. 3. resol. 4. num. 67. cum seqq.* vbi latè prosequitur, & minimè attendendam comprobat *Bartoli* expositionem, vt euitetur aliorum iurium correctio.

Præcipuè cum in eo textu dumtaxat fuerat dubitatum, si res simplicitèr donata, & non tradita, dici posset perfectè donata, talitèr quod obligatio deindè pendente traditione valida dici posset; nec fuit vnquam disputatum, an donatio fuisset cum hypotheca, vel non, & an creditor ex causa onerosa, etiam posterior, præferretur creditori quàmuis anteriori ex causa lucratiua, sed solùm an res donata potuisset alteri ante traditionem obligari, vt colligitur ibi: *Quæro an donatio perfecta sit?* & ità etiam in *d. l. 1. C. de iure fisci lib. 10.* vt optimè considerauit *Amaia ibidem num. 31.* Vndè de hoc solùm quærebatur, & respondit *Scęuola* ingeniosissimè *donationem quidem secundũ ea, quæ proponerentur perfectam, verùm creditorẽ firmam pignoris obligationem habere*: Ea ratione, quia licet donatio solo consensu perficiatur, ad *tex. in §. alis, Instit.*

Instit.de donat.& d.l.si quis argentum, §.fin. C.de donat. nihilominus quòad dominij translationem, opus est tra-
16 ditione, aliàs illa non sequuta, dominium in donatarium nõ transfertur, cùm rerum dominia traditionibus, non autem nudo pacto, nudaq; voluntate transferantur, *l.traditionibus, C.de pactis, & §.per traditionem, iuncto §.sed si quidem, Instit.de rer. diuis.* præsertim in donatione, vt post alios refert *Mantic.de tacit.& ambig. lib.13.tit.1.num.4.* Et ideò cùm dominium rei donatæ penès ipsum donatorem remanserit, bene potuit illam ante traditionem in alterius beneficium hypothecæ vinculo subnectere, quia in hypotheca constituen-
17 da, sufficit rem sub dominio obligantis esse, *l.quæ prædium, C.si alien. res pign. dat.* & propterea optimè respondit *Sceuola* donationem quidem perfectam esse, quia solo consensu perficitur, sed quia ante traditionem valido iure illam obligauit, nedum creditorem firmam pignoris obligationem habere, sed etiam illius virtute præferri donatario, qui soli personali actioni innitebatur, ad *text. in l.eos, C.qui pot.* natura enim hypothecæ est, vt constituat ius in re, adeò vt si per mille manus res transierit, semper transeat illo nexu affecta, vt per *Gomesium, & cæteros in §.omnium, Instit.de action.* quia vt diximus, sequitur rem sicut lepra leprosum. Et consequentèr ex his nunquã colligi poterit *Sceuolã* considerasse distinctionẽ tituli lucratiui, & onerosi, quia erat penitùs extranea ab eo, ꝙ in q̃stione erat, sed finalis causa decisionis fuit obligatio pendẽte trãslatione dominij validè per donatorem constituta.

Neque etiam multum officit alia
18 ponderatio eiusdem *Dom. Cons. Carleual* excerpta à *Celso Vgone in cõs.53. num.2. cons.58.num.6. cons.60.nu.13. cons.100.num.10. & cons.104.num.2.* videlicet quod res antequam à donatore tradatur, vt diximus, manet etiam sub eius dominio, ideòq; poterit hypothecæ vinculo subijci, & deindè tradita donatario transire cum sua causa, & sic cum eodem vinculo pignoris rectè imposito, cuius virtute creditor erit præferendus: at hæc ratio dicit *Dom. Carleual*, qua motus fuit ad ità respondendum *Iureconsultus Sceuola*, æquè militare videtur in casu quo quis simplicitèr, & nudo pacto donat, quam in casu quo cum hypotheca donationẽ promittit: cùm non minus tùnc ante traditionem illius rei dominium penès ipsum remanere dicendum sit; Idcircò etiam si primo donatario res fuisset cũ hypotheca donata, manebit quoque posteriori, cui ante traditionem fuit res validè hypothecata, firmum pignus, & illius virtute excludet donatarium anteriorem, aliàs non poterit dici manere firmum pignus.

19 Quoniã non benè huiusmodi *Celsi Vgonis* traditio procedere poterit, nec termini sunt pares, nec æquè militaret ratio decisionis *Sceuolæ* tàm in vno casu, quàm in alio, sed satis diuersum produceret effectũ; Etenim quãdo donatio fuit simplex, & absq; hypotheca, creditor posterior, cui res fuerat pendẽte traditione validè hypothecata, bene, & recto iure poterit præferri donatario personali tantùm actione munito; quia licet res fuerit deindè tradita, & consequẽtèr translatum dominium, illud tamen transiuit cum sua causa, & sic nexu pignoris implicitum; sed quãdo fuit donata res cum hypotheca, licet ante traditionẽ dominium remanserit penès donantem, qui licitè potuit illam alteri hyoothecare, non minus transibit deindè sequuta traditione res cum sua causa respectu posterioris obligationis, quam etiam respectu primæ hypothecæ, sub qua res fuit donatario donata, & promissa, & hoc casu ex regula communi omnium legum, illa præfertur, nec vnquam quis dicere audebit esse huiusmodi dona-

donatarium posthabendum creditori posteriori, dùm non actione personali, sed hypothecaria anteriori experiatur, cuius priuilegium non ex causa, sed ex tempore extimatur, *l. 1. ff. & C. qui pot. in pign. hab. cum alijs concord.* & notabilitèr aduertit doctissimus *Anton. Faber de error. pragm. decad. 1. tom. 1. error. 1. nu. 4. & 5.* quæ quidem prior hypotheca per traditionem indè sequutam nō extinguitur, & dominiū reuocabilitèr dicerecur trāslatū, casu quo secūdo creditori hypothecario, actio exclusiua daretur, quia tūc reuiuisceret prior hypotheca, *l. si debitor, ff. ad Trebell. cum concord.* euius vigore poterit præferri ipse donatarius. Et ideò non eadem, sed diuersa militaret ratio, cum
20 actio hypothecaria ratione satis differat à persōnali, & parem effectū, & decisionem nullatenùs habere poterit, ad *text. in l. pignoris, ff. de pignorib.* iuncta *l. eos, C. qui pot. in pign. hab.* vt latè considerat idem *Gait. in append. d. par. 3. resol. 4. num. 70. cum seqq.*

21 Nec satisfacit responsio eiusdem Domini *Consiliarij Carleual* huiusmodi difficultatem satis vrgere sententis, dùm ait, quod licet transeat res ipsa cum sua causa, tàm respectu primæ, quàm secūdæ hypothecæ, (quod vel inuitus negare nō potuit) tamen quia causa onerosa præfertur lucratiuæ, ità etiam hypotheca ex causa onerosa præferri debeat hyhothecæ ex causa lucratiua: Quoniam, sua pace dixerim, hoc est petere principia, de quibus disputatur, cùm nedum hoc nullo iure probetur, sed contrarium supra ex pluribus fundauimus, in hypothecarijs scilicet priuilegia extimari ex tēpore, non ex causa, & omnia iura clamare in illis procedere regulā, qui prior in tēpore, potior in iure, & ideò hic *text. in §. Lucius* potius nostram quam defendimus, quàm contrariā probare sententiam videtur. Quinimò ex his, vt hæc omnia euitentur, & iurium antinomia excludatur, necessariò dicendum est *text. in d. §. Lucius* loqui in donatione simplici absq; hypotheca, quia si illa in donatione interueniat, necessè est rem illā cum dictæ prioris hypothecæ nexu transire, ex decisione eiusdem §. *Lucius*, vt optimè etiam post alios notat, & decisū refert *Reg. Cons. de Xart. in decis. Sardin. 79. per totum,* satis post hæc scripta, & decisa in lucem editus, vbi respōdet *Dom. Rouito.*

22 Et ex his confunditur alia *Dom. Regentis Rouiti* obiectio, siuè responsio, ad *text. in l. 1. C. de iure fisci lib. 10.* v3. quod ibi agebatur de donatione speciei iàm per traditionem perfecta, in qua non poterat per donantē iuribus donatarij inferri præiudiciū *d. l. siquidem, C. de donat. inter vir. &*
23 *vxor.* cum perfecta donatio conditionem non admittat, *l. perfecta, C. de donat. quæ sub modo,* sed nos versamur in donatione quantitatis, quæ non potest dici perfecta, traditione adhuc non sequuta: Quoniā licet simus in donatione quantitatis, tamen fuit cum hypotheca, & obligatione omnium bonorum, vndè radicato iure donatarij per hypothecam super bonis donantis, non poterit deinde donator super eisdem bonis in præiudicium donatarij aliam hypothecam quàmuis ex causa onerosa constituere, sed stabit res cum sua causa, per *l. si conuenerit, §. si fundus, ff. de pignor. act. l. si debitor. C. de distract. pign.* quæ iura coniungit *Gloss. in d. §. Lucius, in verbo habere,* & sequitur optimè explicans idem *Gait. d. q. 11. num. 125. & seq.* & in *append. par. 2. resol. 1. n. 16. cum seqq.* res enim vt diximus, non
24 potest dici secundo creditori obligata, nisi a primo debito liberata res fuerit, *d. l. & quæ non dum, §. qui res suas, ff. de pignor.* vel nisi consensus illius, cui primo res obligata fuit interueniat, ad notata in *l. si debitor, & l. voluntate, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* nulla data contractuum, & causarum distinctione nisi in casibus exceptis,

ceptis, ad *text. in l.res 5. ff. de pignor.* & licet ad perficiendā totalitèr donationem, requiratur traditio, vt per *Bart. & cęteros in d.l.1. C. de iure fisci lib.* 10. & in *d.§. Lucius*, ad hoc vt sequens obligatio non teneat, tamen secus erit, si in donatione hypotheca
25 adiecta fuerit, ad obligandum enim rem hypothecę vinculo, nulla requiritur traditio rei, vt per *Neguſ. de pignor. par. 7. memb. 1. num. 1. & 2.* & notat *Reg. Valenzuela Salmaticensis Episcopus in conſ.* 15. *num.* 5. quia nō consideratur cui primò res sit tradita, sed cui primo res obligata fuerit, vt per *Vegg. in conſ.* 51. *num.* 32. & latè etiam comprobat idem *Gait. d. q. 11. num.* 1267. *& ſeqq.*

Nec etiam multum obstare videntur textus ab eodem *Dom. Conſ. Carleual* allegati in *l. quod placuit 27. ff. de iure fisci, & l. 1. C. pœn. fiscal. credit. præfer. lib.* 10. Exquibus probare nititur onerosam causam præferri lucratiuæ etiam in Fisco, qui pro pœnis fiscalibus, quę lucro cedunt, posthabetur alijs creditoribus ex causa onerosa, & ex *Parlad. in ſexquicent. diff.* 111. *num.* 15. comprobat; quia pro pœnis datur Fisco hypotheca, vt latè etiam ipsemet disputat *tit. 2. diſput. 1. num. 23. & 26.*

Quoniam illud euenit, vel quia pœnæ odiosæ sunt, vt post *Odofred. ibi* dicit *Ioach. Stephan. de iuriſd. lib. 3. c. 8. num.* 23. & eum refert *Oſuald. ad Donnel. lib. 23. cap. 15. lit. C.* vel quia in his Fiscus tacitæ hypothecæ priuilegio non gaudet, vt latè post alios comprobat *Amaya in l. vnic. C. pœn. fiscal. credit præferri lib. 10. à num. 15. cum ſeqq.* non ante sententiam, quia nullū ius tunc habet in bonis, *l. ex iudiciorum 20. ff de accuſat.* neque post sententiam, quia effectus est dominus, *l. commiſſa, ff de publican.* & in re propria pignus non consistit, *l. neque pignus 45. ff. de regul. iur.* saltem respectu creditorum, vt latiùs prosequitur *Gait. in append. par. 3. reſol. 9. per totam.*

Textus autem in l. ſi maritus 12. C. de donat. inter vir. & vxor. nihil etiam
28 negotij tribuit, cùm ex eo procedat, quia donatio fuit nulla à principio, & consequentèr semper dominium remansit penès virum, qui ideò potuit illam obligare, quin imò ex illa obligatione censetur reuocata donatio, & ità explicat *Gloſſ. in verbo reuocatam*, & melius *Gloſſ. in d. l. fin. §. Lucius, in verbo perfectam.*

29 Neque etiam repugnat *text. in cap. 1. de not. feud.* quia procedit in actionibus personalibus, non autem hypothecarijs, vt ex *Reg. Conſtantio in l. 1. & 2. C. de filijs official. lib. 12. nu.* 110. aduertit idem *Gait. de credit. in append. par. 3. reſol.* 5. Quin imò fuisse decisum, refert idem *Reg. Conſtantius* in conuētu grauissimorum Virorum, cū interuentu clarissimi Viri Io. Bertrandi de Gueuara Visitatoris Generalis, quod quādo in donationibus à Rege factis adest hypotheca, tūc donatarij connumerantur inter alios creditores, quàmuis ipse aliqualitèr motiuaret, vt *nu. 106. & nu.* 113.

Ex quibus omnibus facilè ni fallor, demonstrari dicebam generale hoc axioma, nimirùm creditores ex prærogatiua causæ onerosæ præferri donatarijs, nullo modo posse, nec debere intelligi ità generalitèr, & indistinctè, sed tantùm inter creditores in actione personali, quorum priuilegia ex causa, non ex tempore extimātur.

Vide in sequentibus.

SVMMARIVM.

1 *Donatori competit beneficium, vt non teneatur inſolidum, ſed in quantum facere poteſt, deducto omni ære alieno.*

..Etiam poſt donationem oontracto.

2 *Priuilegium donatori competens, vt non teneatur niſi in quantum facere poterit, deducto ære alieno, competit etiam eius creditoribus.*

..Etiam ipſo inuito.

.. *Et ideò præfertur creditor donatario etiam cum hypotheca, ex* Cumano in d.l.priuilegia.

3 *Hæres licet cum beneficio inuentarij non minus tenetur omnia vtilia agere, ac quilibet alius administrator.*

4 *Hæres, qui duplicem personam repræsentat, tamquam creditor tenetur opponere contra seipsum omnes exceptiones, quas potuisset opponere testator, si in humanis ageret, sed declara vt num.35.*

5 Cumani *doctrina, vt ex hoc priuilegio donatori concesso, vt teneatur deducto omni ære alieno, præferatur creditor donatario, procedit quando donatarius nullam habuit hypothecam, sed personalem tantùm actionem.*

6 Text.in l.inter eos 19. vers.his quoque,& l.cum ex causa 30.de re iudic.cum alijs concord. *loquuntur in personalibus, in quibus non consideratur prioritas temporis.*

7 *Res iudicata non nisi personalem tantùm tribuit actionem.*

8 *Hypothecaria tamquam accessoria ad actionem personalem ab ea debet regulari, nec ab ea poterit alterari.*

.. *Vndè sicut in actione personali donator non tenetur nisi in quantum facere potest, deducto omni ære alieno, ità in hypothecaria, quæ non valet donatorem hoc beneficio priuare.*

9 *Accessorium non semper sequitur naturam principalis.*

.. *Præsertim quando in illo diuersa consideratur ratio.*

10 *Hypotheca licet non oriatur absque personali, attamen illa semel constituta poterit à personali separari.*

.. *Ideò potest cedi hypothecaria absq; personali.*

11 *Creditoribus in actione personali concurrentibus, non datur inter eos prælatio.*

.. *At si hypotheca accesserit, non datur cócursus, nàm hypothecarius præfertur etiam priuilegiato.*

.. *Et si omnes hypothecarij fuerint, qui prior in tépore, potior erit in iure.*

.. *Hinc hypotheca quãuis necessaria, non sequitur naturam principalis.*

12 *Regulæ generali standum est, quotiescumque, non adest lex, quæ illam limitet, & declaret.*

13 *Dominio rei donatæ in donatarium translato, etiam si debitum deinde contraxerit, non habebit donator beneficium vt æs alienum deducatur, & multo minus creditor.*

14 *Actionem, qui habet ad rem, ipsam rem habere dicitur.*

15 *Hypotheca maiorem vim habere videtur, quam ipsa traditio, cum non obstãte dominij translatione per traditionẽ, præferatur creditor anterior ratione hypothecæ.*

16 *Hypotheca ab intentione dominij separatur.*

17 *Iuramẽtum si in donatione fuerit appositum, priuatur donator hoc beneficio deducto ne egeat.*

.. *Quia stante iuramẽto, non requiritur traditio ad perfectionem donationis.*

18 *Donator nõ habet hoc beneficium deducto ne egeat, si illi specialitèr renunciauerit.*

.. *Quia non conceditur ei ratione personæ, sed ratione contractus.*

19 *Clausula* constituti in donatione apposita, *priuatur donator hoc beneficio deducto ne egeat.*

20 *Per clausulam* constituti *transfertur vera possessio, licet per actum fictum.*

.. *Imò etiam dominium, vbi de dominij translatione agitur.*

21 *Donatio cum clausula* constituti, *dicitur incipere à traditione, nõ autem à promissione.*

22 *Donatori cum clausula* cõstituti, *conceditur remediũ* l.fin. C.de acquir. possess.

23 *Opinio prò donatario anteriori cum hypotheca, vt præferatur creditori ex causa onerosa posteriori, tenent magis communitèr DD. qui enumerantur.*

24 *Beneficium donatori concessum, vt nõ teneatur nisi in quantum facere potest*

test omni ære alieno deducto personalissimum est.

..Adeò vt neque ad hæredes, neque ad fideiussores transeat.

..Et multò minus ad eius creditores.

25 *Beneficiũ huiusmodi vt omne æs alienum deduci ante omnia debeat soli donatori conceditur, non autem alijs, licet habeant priuilegia, vt non teneantur insolidum.*

..Ea ratione nè liberalitate sua donator factus inops periclitari videatur.

..Ideò persona tantùm fuit contemplata, & propterea ad alios nõ extenditur.

26 *Transmissibile, quod non est, neque cessibile est.*

27 *Singularis successor cẽsetur minus dilectus.*

28 *Beneficium hoc donatori concessum ex speciali priuilegio solùm transit ad ad filios.*

..Ità vt neque ad nepotes competat non ratione priuilegij paterni, sed ex nouo priuilegio in persona filij formato.

..Ideò non competit cessionario, nec alijs personis à donatario causã habentibus.

29 *Beneficium hoc tunc donatori competit quando vrgetur à donatario.*

30 *Beneficium huiusmodi competit ei, qui retinet, non ei, qui petit, & sic retinẽdo non agendo.*

31 Text. in l.si cui pen. C. de non numer.pecun. *adducitur in contrariũ, sed declaratur.*

..Procedit enim in exceptionibus transmissibilibus, & cessibilibus, vt est exceptio non numeratæ pecuniæ.

32 *Exceptio non numeratæ pecuniæ non conceditur ratione personæ, sed ratione causæ.*

..Et opponitur ad eneruandã actionem actoris.

..Et ideò omnes opponere valent.

33 Text.in l.4. §.si quis, ff.de priuileg. cred. *benè à* Gaito *allegatum fuisse defenditur.*

34 *Fideiussor omnibus exceptionibus debitori competẽtibus, etiam illo inuito vti potest.*

..Et tamen beneficio donatori competenti vti nequit.

..Quanto igitur minus creditor, qui non ità priuilegiatus, sicut fideiussor à lege reperitur.

33 *Beneficium hoc quatenùs etiam creditoribus donatoris cõpeteret, quod negatur, hoc esset concedendum ipso donatore viuente.*

..Ideò hæres in cuius personam non transit, non potest de illo beneficio opponere, præsertim contra se ipsum.

36 *Beneficio ex alterius persona quis vti non poterit, nisi cum qualitate, & natura illi beneficio, & personæ attributa.*

37 *Exceptio non numeratæ pecuniæ creditori competens, etiam inuito debitore, non potest opponi post biennium elapsum à die confessionis mutui.*

38 Text. in l.si cum procurator, ff. de re iud. *adducitur, & ponderatur.*

39 *Beneficium huiusmodi defensori competit, licet non fideiussori.*

..Quia defensor eadem prorsus actione conuenitur, qua donatarius.

..Defendere enim est eandem vicem subire.

40 *Fideiussor nomine proprio, & ob propriam obligationem cõuenitur: secus verò defensor.*

..Ideò cauthela est, vt fideiussor vti principalis rei defensor iudicium suscipiat, vt beneficio donatori competenti frui possit.

..Sed hoc intelligendum viuente donatore, quia defensor vti illius priuilegio poterit, secus illo defuncto.

..Quia tunc nõ erit defensor defuncti, sed hæredis, cui beneficium illud non datur.

41 *Deductio totius æris alieni facienda est in beneficium donatoris inspecto tẽpore exactionis, siuè petitionis, aut rei iudicatæ.*

..Quia miserationis gratia conceditur.

ARGV-

ARGVMENTVM.

Beneficium donatori concessum, vt teneatur in quantum facere possit, deducto omni ære alieno, non procedere inter creditores hypothecarios, & ità intelligi *Cumani* sententiam in *l. priuilegia, ff de priuileg. credit.* præcipuè stante clausula *Constituti* in donatione apposita, illudq; personalissimùm esse, neque ad hæredes, & fideiussores, multòq; minus ad creditores transire, mortuo præsertim donatore, ad declarationem eiusdem *decis. Domini Regentis Rouiti* 48.

I. M. I.

DISPVTATIO LVI.



Lia etiam ratione contra Principem donatarium, eiusq; creditores, magis vrgenti vtebatur *Dom. Reg. Rouit. in dicta eius decis.* 48. ad fauorē creditorum eiusdem Principissæ donantis, quàmuis tempore posteriorū, quam quidē rationem ante alios etiā excogitauit idem *Cuman. in d. l. priuilegia* 17. *num.* 10. *ff. de priuileg. credit.* qui huic rationi innixus huiusmodi prælationē posterioribus cōcessit v3. Quod quia certū est competere donatori beneficium, vt non teneatur in
1 solidum, sed in quantum facere potest deducto ęre alieno, imò omni ęre alieno, etiam post donationem contracto, ad *text. in l. inter eos* 19. *vers. is quoque*, & *l. cum ex causa* 30. *ff. de re iudic. l. qui ex donatione* 12. *ff. de donat.* §. *sed & si quis*, *Instit. de action. l. nesennius* 41. §. *fin. ff. de re iudic. cum alijs concord.* & habetur optimè per *Gloss. in l. verū* 64. §. *id quod facere, in verbo debet, ff. pro socio*, vbi docet, donatorē omne æs alienum deducere antequā videatur, quid facere possit, & pōderat ad id *Glossa* verba *text. in l.* & *exhæredatū* 49. *ff. de re iudic.* vbi decernitur donatorem omne æs alienum deducere, ergo etiam contractum post donationem, vt declarat etiam *Guttierrez de iuram. confirm. d. par.* 3. *cap.* 15. *num.* 19. & 20. *vers. itaq; omne debitum cum seqq.* & *Connan. lib.* 8. *c.* 8. quos sequuti fuere simplicitèr *Barbos. in l. maritum* 13. *post num.* 10. *vers. item & secundo, ff. solut. matrim.* & *Pichard. in sua manuduct. ad praxim tom.* 2. *instit. par.* 2. §. 9. *nu.* 19. & ideò dùm posteriori creditori, ex persona sui debitoris huiusmodi cōpetit beneficium, & eius priuilegio vti pote-
2 rit etiam ipso inuito, per *text. in l. si cui, C. de non numer. pecun.* & argumētatur *Cuman. in d. l. priuilegia*, sequitur omninò esse præferendum posteriorem creditorem ex causa onerosa, ipsi donatario, quia ante omnia erit deducendum omne æs alienum, & consequentèr parùm hoc casu interesse videtur, an adsit hypotheca in donatione, quia cum illa sit accessoria ad actionem personalem, & tantùm addat robur actioni personali, non poterit proindè hypotheca, donatorem hoc beneficio priuare, nè illo vtatur deducendo omne æs alienum, & ità hanc *Cumani* rationē sequendo, reassumit etiam stante hypotheca, *Alciat. in l. pupillus, num.* 14. *ff. quæ in fraud. credit.* & præ cęteris *Guttier. vbi supra*, & amplecti videtur *Regens Constantius in d. l.* 1. *C. de fil. official. lib.* 12. *num.* 110. *vers. ego verò*, cui etiam ad-

stipula-

stipulatur *Conf. Pascal. de virib. patr. potest. par. 2. cap. 9. nu. 45. & seq. Capibl. in d. fingul. 1. post tract. de Baron.* cæteriq; per eundem *Regentem* adducti in *d. decis. & Conf. Carleual vbi supra*, qui in hac potissimùm ratione fundâtur, & nouissimè post *Steph. Garon ad Constitut. Mediol. tit. de iure, & priuil. fisci, cap. 4. à num. 14. ad finem*, tenet *Noguerol d. alleg. 14. num. 69.*

Quinimò addit *Dom. Rouitus*, quod cum Princeps Conchæ Iulius Cæsar donatarius repræsentaret duplicem personam, creditoris scilicet ex propria persona, tamquam donatarius Principissæ auiæ, & debitoris vti hæres illius, licet cum beneficio inuen-
3 tarij, qui non minus tenetur omnia vtilia agere, ac quilibet alius administrator, ex *Phanuc. de inuent. par. 5. n. 4. propè finem*, tenebatur ipse Princeps ex persona Principissę, cuius erat hęres, contra se ipsum opponere omnes
4 exceptiones, quas potuisset contra eum apponere ipsa Principissa, si inhumanis ageret; Et ideò dùm ipsi Principissæ competebat huiusmodi beneficium nè teneretur insolidum, imò deducto omni ære alieno, etiam post donationem contracto ex superiùs adductis: ità debebat Princeps hæres hoc idem beneficium contra se ipsum vti donatarium opponere ad fauorem creditorum Principissæ.

Attamen hanc etiam rationem *Cumani*, qua *Domini Rouitus, & Carleual*, cęteriq; superiùs allegati vtuntur ad prælationem concedendam creditoribus posterioribus cõtra donatarium in casu de quo agebamus, neque officere ex multis dicebam.

Et Primò: quia *Cumani* doctrina præferens creditorem posteriorem donatario, ex illo beneficio donatori competenti nè teneatur insolidum, & deducto omni ære alieno, proce-
5 dit quãdo donatarius nullam habuit hypothecam, sed personalem tantùm actionem, vt in præcedenti fundauimus, & ità loquutũ fuisse *Cumanum*, testatur in specie subtilissimus *Hieronym. Gabr. in conf. 82. num. 2. lib. 1.* & post eum videndus *Eminentiss. Card. Mantica de tac. & ambig. lib. 11. tit. 22. num. 23. Felician. de cens. tom. 1. lib. 3. cap. 5. num. 25. Fontanell. de pact. nupt. clauf. 7 gloss. 1. par. 2. nu. 22. & seq.* optimè etiam videndus *Statil. Pacif. de saluiano interd. inspect. 3. cap. 2. nu. 469.* vbi in specie post *Manticam* sic intelligit *Cumanum*, sequitur, alios allegans *Antonin. Amat. d. resol. 26. nu. 15. & 16.* benè *Gait vbi supra cap. 4. quæst. 11. num. 1273. & 1277.* qui omniũ latissimè hanc pertractauit materiã, & nouissimè post hæc scripta in lucẽ editus *D. Preses S. C. Merlinus Marchio Ramõtis* nuper maximo cũ Reipublicę, & amicorũ detrimento nobis ereptus *lib. 2. controu. cap. 19. per totũ*, qui omnes ità *Cumani* doctrinam expendunt, vt solùm inter creditores actione tantùm personali suffultos, nõ autem inter creditores hypothecarios procedere possit, in quibus sola viget regula qui prior, & nouissimè hanc etiam opinionem sequitur *Mercur. Merlin.* post hæc scripta in lucẽ editus in *tract. de pignor. & hypoth. lib. 4. tit. 1. quæst. 25.* & eam etiam amplexata est *Rota Romana in vna Romana saluiani corã Cerro die 21. Iunij 1641.* quæ est *decis. 50. num. 53. & seq. post tract. eiusdem Merlini de pignor.*

6 Neque in hoc quicquam officere videntur *text.* superius allegati in *d. l. inter eos, §. is quoque*, cum alijs concordantibus, quia & illi etiã in personalibus loquũtur, vt dicit *Gloss. ibidem in verbo occupanti*, & ibi *DD.* & præsertim *Iason nu. 8. in fine, & nu. 9.* vbi opponens post *Gloss. d. l. fin. §. fin. C. qui pot. in pign. hab.* dicit, quod nihil facit ad propositum, quia loquitur in hypothecaria, & sic in actione reali, & consequentèr in pluribus priuilegiatis priuilegio reali, in quibus procedit regula qui prior, sed *tex. et Gloss. in d. l. inter eos* loquuntur, inquit *Ias.* in priuilegijs personalibus, in quibus non

non consideratur prioritas temporis, vt in *l. priuilegia, ff. de priuileg. credit.* & pro absoluto docet *Napod. in Consuetud. Neap.* incip. *Vbi dos, in verbo facere potest*, ibi, *Cum non agatur hypothecaria*, quem ad hoc optimè expendit idem *Dom. Præses Merlin. d. cap. 19. num. 10. & 11.* vbi addit non obscurè etiam hoc adstrui ex natura eiusdem *Rubricæ de re iudicata*, sub qua

7 prædictæ leges ponuntur, quæ non nisi personalem tantùm tribuit actionem, *l. miles, §. vlt. eod. tit.* vbi *Bart.* & sequitur etiam *Gait. in append. d. par. 3. resol. 1. num. 45. & seq.* vbi aliam etiam attulit rationem.

Imò ex hoc clariùs deducitur *Cumanũ* intellexisse de creditoribus in actione personali, dùm allegat *d. l. inter eos*, quã in personalibus procedere dixit *Ias. ibid. nu. 9.* & ceteri, vnde debet eius dictũ intelligi secundũ leges, quas allegat iuxtà doctrinã *Bart. in l. non solũ, §. liberationis verba, ff. de liber. legat.* cũ alijs per *Surd. in cons. 9. n. 50.*

Nec obstare rationem illam dicebamus, in qua ex aduerso magnum fiebat fundamentum, & præcipuè à *Capibl. in d. sing. 1. & in addit. ibidem, & Guttier. d. cap. 15.* quos sequuti sunt cæteri illius opinionis sectatores, nullam scilicet esse faciendam vim in hypotheca, quia cum illa sit accessoria ad principalem actionem personalem, ab ea debet regulari, & secun-

8 dum illius naturam, quam alterare non poterit, intelligi, *cap. accessorium 42. de regul. iur. in 6. l. cum principalis 139. cum alijs concord. ff. de regul. iur.* Vnde cum principalis actio personalis, eam recipiat declarationẽ, vt donator teneatur in quantum facere possit, deducto omni ære alieno, & ex hoc priuilegio inducatur prælatio in beneficium creditorum, qui posteà cum eo contraxerunt, sequitur quod eandem omninò naturam habere debeat hypothecaria, quæ personali obligationi accessit, & consequentèr nequeat fieri huiusmodi distinctio inter donatarium cum hypotheca, vel sine; cùm non poterit hypothecaria, naturam personalis immutare, & priuare donatorem hoc legis beneficio, vt adnotauit *Dom. Reg. Constantius in d. l. vnica. C. de filijs official. lib. 12. nu. 114.* & latè idem *Reg. Rouit. & Cons. Carleual vbi supra num. 22.* & videtur nouissimè illis in hoc adhærere *Dom. Reg. Capyc. Latro Marchio Torelli* doctrina, & morum suauitate ornatissimus, in sollemni *decis. 156. lib. 2.* quam in hac eadem causa, de qua disputabamus, luculẽtissimè exarauit *num. 58. cum seqq.*

9 Quoniam vt in præcedenti disputatione adnotauimus, nõ semper accessorium, sequitur naturam principalis, quãdo præsertim in illo, diuersa consideratur ratio, & effectus, vt docuit *Bart. in l. eos, num. 6. C. de vsur.* & latè *Dec. in d. l. cum principalis 139. ff. de regul. iur.* optimè *Alex. in cons. 4. num. 5. lib. 1.* & cæteri quos allegat, & sequitur *Franc. Molin. de ritu nupt. lib. 1. conclus. 12. num. 22. Card. Tusc. lit. A. conclus. 76. num. 39. & conclus. 79. num. 4.* latè *Dom. de Franch. decis. 506. num. 22. & seq. & decis. 613. num. 12.* & expẽdit idem *Gait. in append par. 2. res. 3. num. 71. & seq.* vt sigantèr in hypotheca experimur, in qua diuersa consideratur ratio, & effectus, quã in personali; nàm præterquàm quod

10 vt omnes fatentur, licet hypotheca non oriatur, neque constitui possit absque personali obligatione, *l. grege, §. cum pignori, ff. de pignor. l. 2. C. si pignus pignori dat. sit.* Attamen illa iàm semel constituta poterit à personali separari, adeò vt si personalis obligatio submoueatur, non extinguetur hypothecaria, sed intacta remanebit tanquàm separatum producens effectum, ad *text. in l. 2. C. de luit. pignor.* & post *Bart. in l. fideiussor obligari, ff. de fideiussor.* latè expendit *Negus. de pignor. par. 6. memb. 2. nu. 5.* quos sequitur *Felician. de cens. lib. 3. cap. 4. num. 3.* & ideò posse cedi hypothecariam

riam absq; personali, dixit *Dom. de Franch. decis.* 80. *num.* 17. *& decis.* 119. *nu.* 24. & latè comprobat idem *Dom. Præses Merlin. d. cap.* 19. *lib.* 2. *num.* 13. *cum seqq.* vbi *Anchar. Cuiac. Garz. Vrsill. Capyc. aliosq;* adducit, neque negat *Dom. Reg. Capyc. Latro in d. decis.* 156. *num.* post *Gait. d. quæst.* 11. *à num.* 1249. *cum seqq.* & in *append. par.* 3. *resol.* 7. vbi omnibus satisfacit.

Nihilominus, quod diuersum producat effectũ, nec illius sequatur naturam, satis clarè, ni fallor, ostẽditur, ex quo certũ omninò est, quod con-
11 currentibus creditoribus in actione tantùm personali, alter altero non præfertur, sed æqualitèr satisfiunt, vt habetur per omnes in *d. l. priuilegia, ff. de priuileg. credit.* latè *Pichard. in d. §. quædam, num.* 57. *& seq. Instit. de action. Amat. Rodriq. de priuileg. credit. par.* 1. *art.* 3. *num.* 2. *& Pereyra in decis. Portug.* 16. Attamen si hypotheca personali actioni accesserit, non ampliùs concurrunt, sed hypothecarius præfertur, etiam priuilegiato, *l. eos, C. qui potior in pign. hab.* & si omnes hypothecarij fuerint, qui prior est tempore, potior erit in iure, *d. cap. qui prior, de regul. iur. in* 6. Ergo ex hoc quam clarissimè colligitur hypothecaria, quàmuis accessoria ad personalem diuersum operari effectum, nec illius sequi naturam, alioqui omnes concurrerent, nulla habita ratione de hypotheca, quæ tanquàm accessoria non esset attẽdenda; sed quia per illam, personalis natura immutatur, & diuersus producitur effectus, ideò non æqualitèr admittuntur, sed secundũ naturam illius, prçfertur qui prior cũ hypotheca cõtraxit; propterea non debet eadem decisio admitti in donatione cum hypotheca, quam sine, quia diuersa colligitur ratio in vna, quam in alia, in personali enim actione, priuilegia ex causa extimantur *d. l. priuilegia*, indè non mirùm, si in ea habeat locum illa *Cumani* opinio, in hypothecaria verò non atten-
12 ditur causa, sed tempus: vndè cùm habeamus regulam iuris generalem, quod inter hypothecarios, qui prior est tempore, potior sit in iure, *d. cap. qui prior, cum concord.* & dixit *Imperator in l.* 2. *vers. nàm cum de pignore, & l. si fundum, C. qui pot. in pign. hab.* adeò vt nulla alia iuris ciuilis regula magis certa, & perpetua, & quę non facilè subuerti valeat, possit in iure inueniri, vt testatur idem *Amat. Rodriq par.* 2. *art.* 1. *in princ.* non possumus, nec debemus ab ea recedere, nisi specialis adducatur lex, per quã huiusmodi generalis regula limitetur, authoritate *Dyni in d reg qui prior*, & consequẽtèr non poterit rectò iure admitti, vt hoc priuilegiũ nè donator teneatur insolidum, sed deducto omni ære alieno, procedat etiam in donatione cum hypotheca, cùm nullibi legamus, hoc decidi, prçcipuè cum diuersa sit vtriusq; natura, & ex diuersis non fiat illatio.

Neq; erit hoc inconueniẽs, & extraneum, vt per hypothecam priuetur donator hoc beneficio: quia plurimi adducuntur casus, in quibus hoc priuilegio donator vti, minimè poterit.

13 Et Primò, si donatæ rei dominium fuerit per traditionem in donatarium translatum, licet deindè debitum ex causa onerosa contraxerit, hoc beneficio vti nequibit donator ipse, & multò minus creditor, *d. l. fin. §. Lucius, ff. de donat. colum.* 1. *C. de iure fisci lib.* 10. & tamen etiam hoc casu posset dici, donantem eo animo donasse, vt non teneatur insolidum, sed in quantũ facere poterat, deducto omni ære alieno, vt consideratur in *d. l. inter eos, §. is quoque, ff. de re iudic.* & in *d. cap.* 1. *de notis feud.* at quia rem donatam transtulit, vel soluit, hanc deductionem facere non valebit donator, nec eius creditores, quàmuis ex causa onerosa, ille autem ex causa lucratiua, vt post alios refert *Padill. in l. Præses Prouinciæ, num.* 5. *C. de seruit. & aqua,*

& aqua, & comprobat idem *Guttier.*
contrariæ opinionis acerrimus pro-
pugnator *d.cap.15.num.32.in fine,&*
num. 33. Idem igitur dicendum in
14 donatione cũ hypotheca, quæ actio-
nem realẽ producit, & ideò ipsã rem
habere dicitur, qui illam habet, *l.qui*
actionẽ,ff.de reg.iur. & post *Tiraq. &*
alios, cõprobat *Gratian. discept.forens.*
tom.4.cap.674.nu.12.& cap.704.n.22.
& seq.Mangil.de euict.q.42.nu.3.& 4.
Quinimò maior vis videtur inesse
hypothecæ, quam traditioni, cùm
15 etiã si res fuerit in alium translata,
præferretur tamen creditor anterior
ratione hypothecæ anterioris, non
obstãte traditione, ac dominij trans-
latione, ad *text.in l.creditor qui prior,*
§.vlt. & l.si prior, ff. qui pot. in pignor.
quia res trãsit cum sua causa, *d.§.Lu-*
cius,& d. l.siquidem,in 1.resp. C.de do-
nat.inter vir.& vxor.

Hinc si res donata cum hypothe-
ca, ante illius traditionem alienetur
per donantem, ius hypothecę nequa-
16 quam aufertur, quia hypotheca ab
intẽtione dominij separatur, ad *text.*
in l.1. §.cum prædium, ff.de pignor. vbi
Gloss. & l. alienatio 67. ff. de contrah.
*empt.*quia transit dominium cum sua
causa, & ideò præfertur emptori,
quàmuis ille fuerit ex causa onerosa,
hic ex lucratiua, quod etiã compro-
bat *Gaitus in append.par.2. resol.1. nu.*
33.& seq.

Item, dicunt magis communitèr
omnes, quod quando in donatione
fuit appositum iuramentum,cessat eo
17 casu beneficium huiusmodi donato-
ri concessum, ex eo quia stante iura-
mento,nõ requiritur traditio ad per-
fectionem donationis, vt per *Seraph.*
priuil.71.num.61. quem sequitur, &
cõprobat *Mart.Senens.in decis.Exam.*
17.nu.33. non obstante quod secun-
dum eundẽmet *Dom.Regent.Rouitum*
iuramentum debeat regulari secun-
dum naturam contractus, super quo
interponitur, quinimò optimè æqui-
paratur cum ipsa hypotheca; nàm
ità in vno, quàm in alia vigere vide-
tur ratio illa,noluisse donatorem do-
nando, priuare se ipsum hoc legis
beneficio nè egeat; & tamen stante
iuramento priuatur, vndè eodẽ mo-
do dicendum est in donatione cum
hypotheca.

Quinimò stante etiam renuncia-
tione,hoc priuilegiũ amittitur,quan-
18 do tamen donatori non deberentur
alimenta,& renunciatio esset specia-
lis,vt latè materiam disputat *Castagn.*
tract. de benef. deductio nè egeat, q.12.
per tot. post *D.de Franch. in decis.164.*
num.16. quia beneficium istud non
conceditur donatori ratione perso-
næ, sed ratione contractus.

19 Et tandem quotiescumq; donator
constituit se præcario possidere no-
mine donatarij nulli dubium, quin
eo casu huiusmodi beneficio potiri
nequaquam possit:cùm enim per hu-
20 iusmodi clausulam *constituti* trans-
feratur vera possessio,licet per actum
fictum in donatarium, imò etiam do-
minium in illis tamen contractibus,
in quibus de dominij translatione
agitur, *l. quod meo, de acquir.possess.*
cum concord.l.traditionibus, C.de pact.
Oldrad.d.consil.114. de Franch.dec.213.
num.1. & 3. alios adducit *Castagna*
in d.tract.deduct.nè egeat,quæst.1.fal-
*lent.1.num.5.*vbi quod constitutum
transfert possessionem, & dominium
naturalitèr,& actualitèr, sicut per ve-
ram traditionem,latè *Tiraquell.de iu-*
re constitut.par.2.limit.7.num.41.vers.
stante ergo, & idem *par.2. ampliat.1.*
Hieron.Gabr. cons.142. lib.1. Honded.
cons.18.num.61.lib.2. Thes.decis.48.in
fin. Ludou. decis.Perus.29. vbi stante
21 hac clausula, donationem incepis-
se à traditione concludit, & sequitur
clariùs comprobans *Card.Mantica*
de tacit. & ambig. tom.2. lib.13.tit. 8.
num. 20. adeò vt si post donationem
22 cum hac clausula *constituti*, transfe-
ratur corporalitèr in alium possessio,
conceditur donatario,vel alteri con-
stitutario,remedium *l.fin.C.de acquir.*
possess.

possess. vt valeat ex illo, amissã, & interuersam possessionẽ recuperare, vt latè agit *Gait.d.quæsit.*11. *à nu.*1278. *cũ plur seqq.* & in *append.par.*2.*resol.*5. quod neque *Guttier.d.cap.*15.contrariæ opinionis defensor acerrimus negare potuit *num.*23. *vers. quarto*, & *num.*37.& *seq.* & *Carocc.in decis.*1. *in fine,Reg.Constant.in.d.l.vnica,C.de filijs official. num.*34. *Peregrin. de iure fisci lib.*6. *tit.de pignor.nu.*3.& post *Valens. Piscat.*& alios,idem *Dom.Preses Merlin. d.cap.*19. *à num.*19. *cum seqq.* qui omnes vnanimitèr concludunt, hoc casu ex prædicta ratione præferri donatariũ creditoribus posterioribus, etiam ex causa onerosa, quia cessat hoc beneficium, vt latè *Castagn. vbi vbi supra quæst.*12.*fall.*6. quin imò neq; ipsi donatori competere,ex *d. l. nesennius*, §.*fundum*, *ff.de re iudic.* vt post *Bart. Angel.Roman. Alex.* & *Ias.* comprobat more suo idem *Dom.Preses num.*23.*cum seqq.* vbi alijs medijs corroborat, & contrarijs respõdet,& nouissimè *Merlin. de pignorib. d.lib.*4. *tit.*1.*quæst.*23.*num.*4.

Ex quibus nedùm roboratur nostra generalis propositio, quod in donatione cum hypotheca, huiusmodi beneficium non procedat,prout in istis similibus neque procedere probauimus; sed certam, & indubitatam decisionem in hac causa specialitèr ad beneficium donatarij interponendam esse dicebamus,dùm nõ solùm hypotheca omnium bonorum, sed clausula etiam Constituti in ea apposita legatur, de qua nullum verbum apud *Dom.Rouitum.*

Et ideò non mirùm, si opinione *Dom.Regentis Constantij*, qui etiam dubitatiuè loquutus fuit, nõ obstante, fuerit pro donatario cum simplici hypotheca conclusum in conuentu magnorum Virorum, & signantèr Domini Generalis tũc temporis Visitatoris, vt ipsemet Dominus Marchio refert ibidem *num.*114. & ideò
23 dicebamus hanc nostram quam defendimus opinionẽ communiori Doctorum calculo fuisse amplexatam: Etenim vltra *Cumanum in d.l.priuilegia*, ità communitèr intellectum, vt demonstrauimus,ità expresse tenuerunt subtilissimus *Hieronym. Gabr. d. cons.*82.*nu.*1.*lib.*1. *Felic.de cens.tom.*1. *lib.*3.*cap.*5.*num.*25. *Eminentiss.Mantica de tacit.* & *ambig. conuent. lib.*11. *tit.*22.*num.*23.& *seq.Gabr.Sarayna in addit. ad Matthes.singul.*71.*nu.*3. *Sese decis.Aragon.*78.*nu.*1.& videtur, licet dubitãtèr tenere *Capyc.in inuest.feud. in verbo feudum de Camera,in* 1.*limit. fol.* 229. *Maurit. Apicella in addit. ad patruũ in tract. tutam.paup. tit.de dilat.quinquen. tit.*1.*num.*131.*vers.creditor, Ant.Picbard. in d.*§.*quædã actiones,Instit.de action.num.*70. *Amat.Rodriq. de concur.credit.par.*2.*art.*11.*nu.*19.*et seq.fol.*214.*Anton.Amat.resol.*26. *num.*15.& 16.alios pro more allegãs, optimè *Statil. Pacif.de saluian. interd. inspect.*3.*cap.*2.*nu.*469. latissimè *Gait. in d.cap.*4.*quæsit.*11.*à num.*1235.& in *append.par.*2.& 3.*per tot.* & præsertim *resolut.*10. vbi nonnullos ex aduerso allegatos, delendos ab ea parte probat,cum id pro quo allegantur,non dicant, & prò hac opinione allegat *Cutell.de donat.tract.*1.*discurs.*3.*n.*24. & 29.*Dom.Præs.S.C.Merlin.lib.*2.*controuers.cap.*19. *Reg.Sansel.in praxi iudic.sect.*22.*num.*38.& nouissimè *Mercurial.Merlin.in tract.de pignor. lib.*4. *tit.*1.*quæst.*25.& *Rota Romana coràm Gerro in vna Romana saluiani,quæ est decis.*50.*nu.*53.*post tract.eiusdem Merlin. de pignor.* adeò quod absq; dubio maiori Doctorum numero roborata hæc opinio videatur.

24 Præterea hoc beneficium donatori concessum, vt teneatur in quantũ facere possit, deducto omni ære alieno personale, imò personalissimum est, adeò vt nedùm ad extraneos,sed neque ad hæredes, imò neque ad fideiussores,quod est fortiùs extendatur,ità probant expressè *tex.in l.*& *si fideiussor* 25.& §.*fin.*& *l.sciendum* 35. *ff.de*

ff. de re iudic, & optimè in *l. nesennius* 51. *ff. eodem*. ibi, *Et sicut heres donatoris insolidum condemnatur, & ipse fideiussor, qui in donando adhibuit*, & benè *Gloss. in d. l. diuus Pius* 29. *ff. de regul. iur.* probat etiam *text.* expressus in *l. verùm* 64. *ff. pro socio, in princ.* vbi *Gloss. in verbo verũ*, & ideò nullo modo poterit ad creditores extendi, qui illo beneficio, ipsi donatori tantùm attributo, vti non possunt.

Hoc autem clarè coadiuuatur ex ratione, qua hoc beneficium donanti conceditur. Etenim *Triphoninus Iureconsultus in l. ne ex liberalitate* 50. *ff. de re iudic.* Ideò huiusmodi bene-
25 ficium cum speciali priuilegio, vt omne æs alienum deducatur donatori concedendum asseruit, *Nè liberalitate sua*, inquit, *inops factus periclitari videatur*; quod quidè priuilegiũ alij non conceditur, licet habeant beneficium, vt non teneantur insolidum, de quibus in *l. sunt qui*, *ff. de re iudic.* quibus alimenta tantùm secundum qualitatem personæ, & quantitatem patrimonij reseruari debent, absque deductione æris alieni, quod erit deindè deducendum ex dictis alimentis, secundùm *Ias. in d. l. inter eos, in princ. ff. de re iudic.* quam *Triphorini* rationem vsurpauit etiam *Vlpianus in d. l. diuus Pius, ff. de regul. iur.* & deindè *Imperator in d. cap. 1. de notis feudor.* Voluit igitur lex personæ tantùm donatoris prospicere, nè sua liberalitate pauper effectus, in periculum incideret, si insolidum absq; æris alieni deductione teneretur, & proptereà persona principalitèr, & absolutè fuit cõtemplata, ideòq; ad alios non poterit extendi beneficium, ad *text. in l. 4. §. si quis, ff. de priuileg. cred.* vbi *Gloss. in verbo non habent, & d. l. nesennius, de re iudic.* cum alijs concordantibus.

Hoc autem faciliùs corroboratur ex illa vulgata regula, quod id, quod
26 non est transmissibile, non est cessibile, *l. ex pluribus*, vbi *Bart. ff. de administrat. tutor.* latè *Tiraquell.* post alios *de retract. lignag. §. 26. gloss. 1. num. 47.* si igitur, vt superiùs demõstrauimus, hoc priuilegiũ ad heredes transmitti nequit, ex *d. l. nesennius*, cum alijs superiùs adductis, & tamen heres eadẽ persona cũ defuncto reputatur, *§. 1. auth. de iure iur. à mor. præstit.* & succedit in vniuersum ius defuncti, & in eum omnes transeunt actiones actiuè, & passiuè, *l. cum heres, ff. diuers. & temp. præscript.* quãtò minus in singularem cessionariũ transferri poterit,
27 cùm iudicetur minus dilectus, *Crau. in cons. 161. n. 5. vers. verũ*, etenim cum Vniuersitate multa transeunt, quæ titulo singulari transferri nequeunt, *cap. ex litteris, de iure patronat. l. quædam*, vbi *Gloss. in verbo fundus, ff. de acquir. rer. domin. cum concord.* & dixit in puncto *Io. Faber in §. fuerat, nu. 10. Instit. de action.* quod priuilegium personale, quod non est transmissibile, non potest cedi, & hanc regulam negatiuè procedere, vt in casu nostro dixit *Tiraquell. vbi supra §. 26. gloss. 1. num. 47. & 48. & de retract. conuent. §. 1. gloss. 6. num. 12.*

Solum autem hoc beneficium donatori concessũ ex speciali priuilegio
28 transit ad filios, *l. etiam, ff. solut. matrim.* ità vt neque ad nepotes competat, vt dixit *Angel. ibid.* quem sequitur *Imol.* & refert *Episcopus Riccius in addit. ad decis. de Franchis* 698. & latè iuxtà morem comprobat doctissimus *Barbos. in l. maritum num. 69. vers. declara, cum num. seqq. ff. solut. matrim.* & hoc nõ ratione priuilegij paterni, quia cũ fuerit personale, morte fuit extinctum, *l. quia tale* 14. *ff. sol. matr.* Sed ex nouo priuilegio quod formatur in persona filij, qui fauore matrimonij ex propria persona nouũ priuilegium separatum à paterno videtur obtinere, ita ex *Alex. & Ias.* explicat idem *Barbosa vbi supra nu.* 81. & ideò nedum personale est beneficium, sed personalissimum, vt dicit idem *Cuman. in d. l. Nesennius, in prin.*

vers.

verſ.nota ſummariũ, vbi addit, quod ſicut eſt perſonale ex parte eius, cui competit, ità etiam ex parte eius cõtra quem conpetit, ex *d.l. neſennius, in fine*, de quo inferiùs; vndè non immeritò poſſumus dicere non competere hoc beneficium creditoribus donatoris, cùm non ſit ceſſibile, & ità in terminis ex *text. in d. l. neſennius* beneficium prædictum non competere ceſſionario, nec alijs perſonis à donatario cauſam habentibus, probat idem *Guttier. de iuram. confirm. quaſt.15.num.29.per totum*, licet contrariȩ opinionis fuerit acerrimus propugnator, & ante eum dixit *Gloſſ.in d.l.etſi fideiuſſor,in verbo ei*, vbi exponit ſcilicet *creditori*.

Hinc *Pichard. in d.§.quædã, Inſtit. de action.d.num.70.* aſſeruit huiuſmo-
29 di priuilegium competere donatori, quando vrgeretur à donatario, & vellet vti hoc beneficio, nè teneatur niſi in quantum facere poterit, ex *d.l.neſennius*, & ità intelligit *d. l. inter eos, §.is quoque, & l.exhæredatum, ff.de re iudic.* ex ratione *d.l.ne ex liberalitate, ff. eod. tit.* addens, quod hoc priuilegium cũ perſonale ſit, donatori tantùm conceſſo, ad eius creditores non tranſibit, ex *d.l.4.§.ſi quis, ff.de priuil. credit.* quia licet cauſa lucratiua voluntaria ab initio fuerit, *l.3.§.ſicut, ff. commodati*, poſteà verò neceſſitatis eſt *d.§.ſicut*, vndè in concurſu creditorũ non videre, inquit, qua ratione, qui prior eſt tempore, poſterior eſſe debeat, præcipuè quia non ex cauſa, vt in terminis *d.l.priuilegia*, ſed ex tempore hypothecæ extimantur, & ideò cauendum eſſe aſſerit à *Io. Guttier. d. cap.15.* & eodẽ modo intelligit *Amator Rodriq. de concurſ.credit. par.2. ar-*
30 *tic.1.num.20.* beneficium etenim huiuſmodi conceditur ei, qui retinet, nõ autem ei, qui petit, & ſic retinendo, non agendo, vt poſt *Bart. Bald. Alex. Iaſ.* & alios tradit *Caſtagna in d.tract. in proœm. primæ partis num.1. & ſeq.* & latiùs *q.1.fallent.9.* quia poſtquam ſoluit, vel per traditionem, rei donatæ dominium tranſtulit, hoc beneficio priuatur, ad *text. in l. quod nomine, cum l.ſeq. ff. de condict. indeb. & l.1. C. de iure fiſci lib.10.* & latiùs in præcedenti diximus, & conferunt notata per *Dom. de Franc. in deciſ.164. poſt num.10.& l.neſennius, §.fundum, ff de re iud.* vbi *Iaſ.* & idẽ *Caſtagn.quæſt.1. num.59. & quaſt.12.fall.6.num.2.* & conſiderat optimè idem *Dom. Præſes Merlin.d.cap.19.num.8.* & idem *Gait. d.cap.4.quæſit.11.num.1271.* & in iſtis terminis procedit *deciſ.Dom.de Franchis 697.* non autem in beneficiũ creditorum. Et idem *Reg.Conſ.de Xart.in concl.ſiue deciſ.19.* intelligit, tunc poſſe per creditores donatoris opponi de huiuſmodi beneficio, quando ad commodum ipſius donantis opponitur, ſecus ſi ad eorum proprium, & idẽ in *deciſ.79.* licet ab alijs eius opinio parum amplexata videatur, & reſpectu ipſius principalis, qui à donatore vrgetur, loquitur etiã quàmuis dubitatiuè *Dom. Reg.Conſtant. in d. l. vnic.C.de fil.official.lib.12.num.114.*

Neq; his obſtat aliquo modo *text. l.ſi cui penult. C.de non numer.pecun. à*
31 *Cumano*, & deindè à *Dom. Rouito*, alijſq; eiuſdem opinionis, allegatus, per quem probari prætendunt, exceptiones competẽtes principali, competere etiam eius creditori, etiam illo inuito; nàm ille *text.* in illis exceptionibus procedit, quæ ſunt tranſmiſſibiles, & ceſſibiles, proùt eſt illa
32 exceptio nõ numeratæ pecuniæ, quæ non conceditur ratione perſonæ, ſed ratione cauſæ, quia ſcilicet non fuit ſequuta pecuniȩ numeratio, & opponitur ad eneruandam actionem actoris, ideò non ſolùm ipſe debitor, ſed & eius hæredes, illiuſq; creditores opponere poſſunt, etiam inuito debitore, quia crediti ſubſtantiam perimit, cùm enim non adfuit pecunia, non poteſt adeſſe creditum, vt declarat *Salic. ibidem in fine*, & eſt de ſui natura tranſitoria ad hæredes debi-

toris, omnesq; alios ab eo causam habentes ad *text.in l.si intrà,& l.tàm mandatori, & d.l.si cui*, C.*de nō numer. pecun.* quæ nō applicantur ad casum de quo disputabamus, quia hoc beneficium donatori cōpetens non perimit,nec extinguit donationem,nec de sui natura est transmissibile, vt optimè obseruat idem *Dom.Præses Merlin.num.4.cum seq.* post *Gaitum in append.d par.2.resolut.2.num.56.*

Hinc apparere dicebamus, quam bene allegauerit *Gaitus text. in d.l.4. §.si quis, ff. de priuileg.credit.* vbi deci-
33 ditur,priuilegium tacitæ hypothecæ competens pupillis, & alijs,in bonis tutorum, & administratorum, non competere eius creditoribus, quia personale est priuilegium, nec benè dixisse *Dom. Rouit.* salua sua pace dixerim, quod nō facit ad Rhombum, ex eo quia nō sunt applicabiles termini,cùm ibi non transeat tacitæ hypothecæ priuilegium, hic autem bene transeat ex doctrina *Cumani in d.l.priuilegia*; Etenim si de huiusmodi *Cumani* doctrinæ veritate disputamus, quomodò poterit in probationem adduci, hoc est iterum perere principium, imò ex hoc ostendimus *Cumani* doctrinam non procedere, quia cum ambo priuilegia personalia sint,& respectu personæ,non causæ concessa, benè quod fuit decisū in vno,applicari poterit in altero;& idē etiam probatur in *l. quia tale* 14. vbi latè *Barbos.num.48.vers.vltima limitatio,ff.sol.matrim.* imò idem *Cuman. in d.l.nesennius,in princ.vers.nota summarium*, dicit huiusmodi priuilegiū donatori concessum non esse transmissibile, neque cessibile ad creditores. Quinimò si fideiussor,qui aliquo modo creditor principalis dici poterit, imò maiori priuilegio munitur dum omnibus exceptionibus debi-
34 tori competentibus, etiam illo inuito vti posse,deciditur in *l.omnes, ff. de except.* & refert *Bertazzol. de clausul. instrum. clausf.41.gloss.7.num.4.* non tamen hoc beneficio vti poterit,quia personale est, nec debitoris personā egreditur *d. l. & si fideiussor, ff. de re iudic.* & latè *Pyrr.Maur. Aret. in. de fideiussor. sect.9.cap.11. num.11.& seq.* quantò minus creditorem ipsum hoc priuilegio potiri dicemus, qui non ità priuilegiatus,sicut fideiussor à lege reperitur.

Cæterum quatenùs citrà veri præiudicium,concederemus hoc beneficium donatori competens, etiā eius creditoribus competere, qui ex persona ipsius vti possent hac exceptione, ne teneatur, vltra quam facere possit, deducto omni ære alieno, ne sua liberalitate periclitetur; (quod iterùm negamus) debet hoc tamen citrà vllam controuersiam intelligi viuente ipso donatore; quia illo de-
35 functo cessat ratio, propter quā huiusmodi beneficium conceditur, scilicet persona donatoris, nè sua liberalitate inops factus, perire cogatur, ideò illius persona simplicitèr, ac principalitèr venit contemplata in hac beneficij concessione,idcircò illa cessante, cessare debet beneficium, & dicendum est cum *Paulo Iurecon-sulto in l.in omnibus 69. ff.de regul.iur. In omnibus causis id obseruari debere, vt vbi personæ conditio locum facit beneficio,ibi deficiente ea,beneficium quoque deficiat.* Cùm igitur Principissa donatrix iàm dudum vitam cū morte commutauerit, omninò beneficiū illi concessum defecisse, neq; ad eius nepotem translatum fuisse dicendum est *d.l.sciendum, & l.nesennius, de re iudic.* quia donatoris tantùm persona hunc meruit fauorem ex *Constitutione Diui Pij*,vt rectè admonet *Cuiacius in d.l.nesennius,in lib.16.quæst. Pauli col.2.& Anton.Fab.ration.ad d.l. verùm*,& in §.1.& 2.*ff.pro socio.*

Hinc cessare etiam necessariò dicendum est illud, quod idem *Dom. Regens Rouitus* assumit, debere scilicet,hæredem contra se ipsum exceptiones illas opponere quas defunctus

ctus posset, si viueret; Nàm intelligi id debet de illis exceptionibus, quæ in hæredem, & contra hæredẽ transmissibiles sunt, non autem de hoc beneficio. quod in hæredem non transit; Etenim ponamus casum, quod huiusmodi donatio facta esset extraneo, non autem ipsi Principi nepoti, & hæredi, certè si Ille donatarius ageret contra Principem hæredem, non posset ille de hoc beneficio excipere, quod ad hæredem non fuit transmissum, *d. l. & si fideiussor, & l. l. sciendum, cum alijs concord.* ergo idẽ dicendum erit in hoc casu, in quo Princeps duas repræsentat personas, donatarij scilicet, & hæredis, vt nequeat contra se ipsum de hoc beneficio opponere, quod non posset contra extraneum: quia sublata fuit persona, cuius contemplatione concedebatur.

Prætereà quando quis vult vti beneficio ex persona alterius, nõ potest
36 illo vti, nisi cum qualitate, & natura illi beneficio, & personæ attributa; hinc dixit *Ant. Gomez in l. 50. Tauri, num. 52. vers. 6. limita, & vers. sed contrarium*, quod creditores possunt vti exceptione non numeratæ pecuniæ debitori competente etiam illo inuito per *d. l. si cui, C. de nõn numer. pecun.* sed tamen cum qualitate, & natura illi exceptioni, & personæ debitoris cõpetente, nimirũ vt nequeat opponi, nisi tantùm infrà legitima tempo-
37 ra, infrà quæ per ipsum debitorem potuisset opponi, qui mutuum confessus est, & consequentèr infra biennium, vt latè per *Barbos. in l. 1. par. 6. num. 37. in princ. ff. solut. matrim. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 27. nu. 17.* & idem *Gomez in l. 45. Tauri nu. 86. in princ.* Proindè cum huiusmodi exceptio donatori cõpetens vltrà vitam ipsius non extẽdatur, ità vt neq; ad hæredes transmittatur *d. l. sciendũ, & l. nesennius*, quatenùs concederemus, illam etiam ad creditores spectare, non poterit vllo modo competere, nisi durante ipsius donatoris vita, & non vltra, quia cum ex illius persona competere dicatur, extincto illius iure, ius etiam acceptoris extingui oportet, & sublata persona, quæ erat causa priuilegij, priuilegiũ ipsum etiam tolli necessariò dicendũ *l. Titia Seio, §. vsuras, ff. de legat. 2.*

Ad cuius quidem corroborationẽ facit satis optimè *text.* omninò relegendus in *l. si cum procuratore, ff. de re*
38 *iudic.* vbi deciditur, quod licet fideiussori hoc beneficium minimè competat, sicut neque hæredi, quia personale est, neque personam donatoris egrediatur, vt fundauimus ex *d. l. & si fideiussori, & l. sciendum, eod. tit.* Nihi-
39 lominus dicit ibi *Iureconsultus Paulus*, quod beneficium hoc competit defensori mariti, vel similium, qui huiusmodi priuilegio potiuntur, & rationẽ differentiæ assignat post alios satis optimè insignis *Barbos. in d. l. maritus, num. 83. ff. solut. matrim.* quia defensor, inquit, eadẽ prorsus actione conuenitur, qua maritus, vel donatarius tenebatur; defendere enim est eandem vicem, quam reus subire, *l. minor, §. quoniam, ff. de procurat.* & ideò eodem modo venit condẽnandus, ac ipse maritus, vel donator: hæres verò licet conueniatur eadem actione, qua ipse donator, conuenitur nihilominus tempore, quo iàm ille defunctus est, & consequentèr post extinctum eius priuilegium, ideòque condemnatur hæres insolidum absq;
40 deductione nè egeat: item fideiussor nomine proprio, & ob propriam obligationem conuenitur non nomine principalis, ideò neque eidem beneficium impartitur; Proptereà *Guttier. de iuram. confirm. d. cap. 15. nu. 15.* dat fideiussori cautelam, vt tamquam principalis rei defensor, & eius nomine iudicium suscipiat, ad hoc vt huiusmodi beneficio gaudere etiã possit, per *text. in d. l. verum, vers. videndũ, ff. pro socio.* Modo inquit *Paulus in d. l. si cum procurator 23.* apertè decidens

hanc, de qua disputamus quæstionē, quod defensor mariti in id, quod facere potest condemnatur, sed statim subdit hoc intelligi quousque viuit maritus, mortuo autē illo, insolidum. Ecce quod apertè decidit *textus*, q; quando potest huiusmodi exceptio alteri competere ex persona donaroris, non potest practicari nisi ipso donatore viuente; cuius decisionis rationem dat ipsemet *Cumanus* cōtrariæ opinionis anresignanus in *d. l. si cum procuratore, in verbo insolidum*, quia scilicet mortuo marito, vel donatore, non potest dici amplius illorum defensor, sed hæredis, qui hoc beneficio vtiq; non gaudet *d. l. sciendum*. Idcòq; eadem *Cumani* doctrina in *d. l. priuilegia*, quatenùs esset vera, debet intelligi secundum declarationem ipsiusmet in *d. l. si cum procuratore*, & sic clauo, clauus truditur, vt ipsemet *Dom. Ronitus* notat, quia cessante causa priuilegij, cessat priuilegium, ex quo etiā satisfit dictis per *D. Conf. Carleual d. disp.* 30 *n.* 39. *in fin.*

Hinc *Conf. Pascal. vbi supra nu.* 45. *vers. vndè babita*, fatetur non procedere *Cumani* doctrinam, in casibus, in quibus huiusmodi priuilegiū cessaret, de quibus per *Barbos. in d. l. maritum, num.* 77. *& seq.* qui in primis ponit casum, quando mortuus esset donator, quia tunc cessat beneficiū, neque ad hæredem, neque ad fiscum transit.

Subdit etiam *Pascalis* ad propositum *d. num.* 45. *vers. quod donans*, de-
41 bere ad hanc deductionē æris alieni faciendam, attendi tempus exactionis, & deductionis, siuè petitionis, aut rei iudicatæ, cùm miserationis gratia concedatur, ad *text. in l. rei indicatæ* 15. *ff. solut. matrim. cum concord.* latè idem *Gait. d. quæst.* 11. *num.* 1243. & expressè admiserunt idem *Dom. Rouit. d. decis.* 48. *num.* 18. *&* 29. & clariùs *in appendice num.* 36. *& Conf. Carleual d. disput.* 30. *sub num.* 10. & proindè cum hoc tēpore petitionis inspecto, iàm donatrix ab hac vita discesserat, cessat omninò ratio concedendi hoc beneficium, ideòq; neq; hæredi, neque creditoribus donantis beneficium huiusmodi vllo modo competere poterit.

Decisionem vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Beneficium donatori concessum nè teneatur, vltrà quā facere possit, deducto omni ære alieno, quatenùs eius creditoribus competeret, ipso etiam defuncto locum habere videtur, si viuente donatore, ius suum creditores fuerint persequuti.*

2 *Ius quæsitum difficiliùs quā quærendum aufertur.*

3 *Donator si nihil de hoc beneficio opposuit, non poterit ius eius creditoribus acquiri.*

4 *Ius quæsitū creditoribus dicitur opponendi de huiusmodi beneficio donatori concesso, si lis fuerit super eo contestata.*

.. *Sed non sufficere litis contestationem, magis cōmunitèr probatur per* text. in l. si cum procuratore 23. ff. de re iudic.

.. *Imò neque sufficere sententiam, tenuit* Bald. in l. 2. C. quod cum eo.

.. *Quia est beneficium iuris, non sententiæ, quæ nil aliud quam declarare operatur.*

5 *Deductio æris alieni iàm facta in vita donantis, transit ad hæredes, ex sententia* Io. Fabri *quasi iàm fuerit in patrimonio donantis.*

6 *Donator ex speciali priuilegio etiam quod ad pinguiorem peruenerit fortunam, non tamen tenetur semel deductum restituere.*

.. *Attamen contrarium fuisse decisū ostenditur per S. C. vt refert* de Frāchis in decis. 697. & 698.

.. *Quia beneficium hoc temporale est, non perpetuum.*

7 Decisio 124. Christinei *adducitur, et declaratur, vt procedat in donatione causa*

causa mortis, in qua necessariò deduci debet æs alienum.

.. *Vel in donatione absque hypotheca.*

8 *Respondetur decisioni S.C. relatæ in hac eadem causa à* Dom. Reg. Rouito in d.decis.48.

9 *Beneficiũ hoc donatori concessum, sicut est personale respectu ipsius donantis actiuè, ità est etiam personale respectu donatarij passiuè, vt nõ possit opponi nisi contra donatariũ, non autẽ cõtra alium ab eo causam habentem.*

.. *Ad quod ponderatur* text.in l.nesennius, ff. de re iudic. *& doctrina* Iasonis *post* Cuman. *ibidem.*

.. *Attamen hoc procedit quando interuenit delegatio, vt loquitur* text. in d.l.nesennius, *&* Ias. *ibidem.*

10 *Delegatione interueniẽte, donator incipit esse debitor delegatarij, & ideò contra illum non poterit de beneficio donatori concessum opponere, quia illi non donauit.*

A R G V M E N T V M.

Beneficium donatori concessum, nè teneatur insolidũ, non acquiri eius creditoribus, etiam si viuente donatore litẽ contestauerint, sententiam reportauerint, imò si deductionem habuerint, cum temporale beneficium sit, non perpetuum.

I. M. I.

DISPVTATIO LVII.



Emanet vt aliquando his Disputationibus circa prælationem causæ onerosæ, & lucratiuæ finem imponamus, aliquibus et oppositionibus, quas in eadem causa pro creditoribus posterioribus allegabat Eloquẽtissimus causarum Patronus Iulius Cęsar Caracciolus, quem nobis satis immaturè inuida mors abstulit, satisfaciamus.

Dicebat enim huiusmodi beneficiũ in casu de quo disputabatur, etiam
1 post Principissæ donantis mortem, creditoribus competere, ex eo quia ipsi creditores, viuente adhùc ipsa Principissa donante, eorum credita petierant, imò sententias etiam rescissionis contractuum obtinuerant, quo quidem tẽpore poterat illa hoc priuilegio deductionis æris alieni cõtra Principẽ donatarium vti, & consequẽtèr dicebat, fuisse ex tunc ipsis creditoribus ius quęsitum, adeò vt licet deindè ipsa defecerit, & diem suum obierit, non tamen beneficium illud, creditoribus iam acquisitũ tolli
2 debebat, difficiliùs enim ius quæsitum, quam quærendum aufertur, *l.si ità scriptum, §.1. & l.si ità scripsisset, ff. de legat.2.* optimè *Franc.Molin.de ritu nupt.lib.3.quæst.67.nu.3.* & facit *text. in l.fin. ff.de pact. & l.id quod nostrum, de regul.iur. Alex.cons.*195. *lib.7. l.fin. C.de acquir.poss. Glos. & DD. in l.seruus, ff.de pact. & Surd.cons.*351.*num.*38.

Verùm enim verò, quo iure, aut quo facto hæc prætensio fundari posset, penitùs ignorare dicebam. Certum enim, & indubitatum erat in facto, quod licet creditores sententiam viuẽte adhùc Principissa pro eorum creditis obtinuissent, nunquam tamẽ neque per ipsam, neque per creditores fuit de hoc beneficio cõtra Principem donatarium oppositum, neq; aliquod super hoc deductũ, nec sententiatum; vndè si tempus sententiæ, siuè deductionis attendi debet, vt in præcedẽti *nu.*41. fundauimus, sequitur nihil fuisse creditoribus quæsitum

tum

tum in vita Principissæ donantis.

Præterea neque esse poterat tunc tẽporis huic oppositioni locus, cùm enim hæc exceptio aduersus donatarium opponi debeat, qui pro consequenda donatione experiatur; dùm Princeps donatarius viuente Principissa donante, donationis satisfactionem nunquàm petierit, neque petere, nec consequi poterat, ex quo donatio erat facta, ex nunc prò tunc sequuta ipsius Principissæ morte; consequentèr neque potuit per Principissam, neque per eius creditores de hoc beneficio contra eum opponi, & proindè nullum ius quæri potuit ipsis creditoribus.

Hinc sequitur Primò, quod ad hoc vt huiusmodi beneficium competere possit, necessarium est, quod opponatur, vt post alios tradit optimè idem
3 doctissimus *Gaitus in append. par. 3. resolut. 1. num. 32. cum seqq.* sequitur Secundò, nullo modo posse hodie per creditores, mortua iàm Principissa donãte opponi, ex persona illius hæredis, cùm ad illum vti personale nõ transierit ex multis in antecedẽti disputatione adductis, & præcipuè ex *Gaito d. par. 3. resol. 1. num. 41. & 42.*

Nec obstat illud, quod ex aduerso replicabatur, sufficere scilicet hoc beneficiũ potuisse cõpetere donanti, ad hoc vt quæsitum ius creditoribus illud opponendi etiam post mortem dici possit. Quoniam Doctores hanc quæstionem in terminis fortioribus disputant, si enim maritus, vel dona-
4 tor, vel alius, cui hoc priuilegium competit, de illo in iudicio opposuerit, & deindè decesserit, an beneficiũ illud in iudicio deductum, ad hæredes transeat, quasi ex illa deductione, & oppositione in iudicio, fuerit illis ius quæsitum? & licet *Socc.* post *Cuman. in l. 2. §. fanè, num. 7. ff. de except.* videatur tenere, quod si fuerit contestata lis super exceptione opposita, transeat eo casu beneficium illud ad hæredes quantumcunq; personale fuerit, quasi per litis contestationem incipiat deberi, ad *text. in l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis caut.* Nihilominus cęteri contrarium affirmant non sufficere, scilicet, super illa exceptione fuisse litem contestatam, sed esse necessariam sententiam ex generalitate *text. in l. maritum 13. cũ l. seq. ff. solut. matrim.* & ità post *Bart. in l. ex diuerso, §. fin. in fin. ff. eodem*, tradit *Ias. in l. quod nomine, in fine, ff. de condict. indeb.* & in *d. l. inter eos, num. 1. ff. de re iudic.* eumq; perbellè sequitur doctissimus *Barbosa in d. l. maritum, sub num. 77. & 78.* vbi respondet ad *text. in d. §. qui iniuriarum*, & ad hoc probandum adducit *text.* notabilem quem nos in præcedenti adduximus *in d. l. si cum procuratore 23. ff. de re iudic.* vbi fuerat contestata lis cum marito super hac exceptione, & tamen illo mortuo deciditur exceptionẽ prædictam non prodesse illius hæredibus, & ideò concludit litis contestationem non sufficere, sed requiri sententiam, quia per eam eliditur actio, nè possit exequi insolidum, *l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis.*

Verum enim verò, neque sententiam satis esse, tenuit subtilitèr iuxtà morem *Bald.* omninò vidẽdus *in l. 2. C. quod cum eo*, vbi ponit casum in terminis, quo quis sententiam obtinuerit, nè teneretur vltrà quam facere posset, & nihilominus concludit, beneficium huiusmodi licet iàm per sententiam debitum, non transire ad hæredes, quia est beneficium iuris, non sententiæ, quæ nil aliud operatur, nisi declarare, idq; probari asserit in *l. ex diuerso, §. fin. ff. solut. matrim.* vbi si in iudicio dotis, Iudex ignorantia iuris lapsus, condemnauerit maritum insolidum, poterit tamen maritus doli exceptione iuuari, & exindè colligi fatetur non esse beneficium sententiæ, sed iuris: concludit igitur, quod cum iure statutum sit, beneficium huiusmodi esse perso-

nale,

nale, & cum ipsa persona extingui, *d.l.quia tale, ff.solut.matrim.cum concord.* sequitur non esse transitorium ad hæredes, quàmuis per sententiam declaratum, & multò minus in beneficium creditorum, & hanc *Baldi sententiam*, sequitur etiam *Brun.in tract. de cession. bonor. par. 4. princ. quæst. 6. num. 5.*

Hinc licet quando deductio æris
5 alieni fuerit iàm facta in vita donantis, cõcludat *Io.Fab.in § sed & si quis, num.1.Instit.de action.* illam esse transitoriam ad hæredes, quasi iàm fuerit in patrimonio donantis, & cum sequatur ibidem *Io.de Platea, et Aretin.* quos refert idem *Barbos. in d.l. maritum, nu.78. in fine*, & videtur etiã amplecti *Ant.Pichar.in d.§ sed & si quis*, & latiùs in *manuductione ad praxim par.2.praecept.9.num.19.in fine.* Ex eo
6 quia vt ipse asserit, speciale est in donatore, vt licet perueniat ad pinguiorem fortunam nõ teneatur semel deductum restituere; Attamen contrarium tenuit *Ias. in d.l.inter eos, nu.11. de re iudic.* ex quo beneficium hoc tẽporale est, non perpetuum, & ideò tantùm impedit exactionẽ, quousque perueniat ad meliorem fortunam, & concludit post *Oldr. Alber. Imol. Castr. Alex.* & alios. Præterquàm quod *Io. Faber* dubitantèr etiam loquitur; & secundum hanc *Iasonis* opinionem fuisse in nostris terminis decisum, refert *Dom.de Franch.in d.decis.698.* vbi dùm Martia Dtice donauisset Pompeo Latro eius filio annuos duc. 270. & fuisset effecta non soluendo, fuit facta deductio in eius beneficium, vt dicitur in *decis. præcedenti 697.* sed mortua deindè Martia donante, fuit decisum illam deductionem iàm factam in eius beneficium annuorum duc. 170. non transire ad hæredes ipsius donantis, sed omnes annui duc. 270. iàm donati, integralitèr deberi hæredibus Pompei donatarij, vt legitur, licèt aliqualitèr confusè in *d.decis.698.* & clariùs in actis, & processu in Banca Balsami, quem vidi fol.388.& 491.

Si igitur secundum prædicta, neq; litis contestatio, neque sententia, quinimò neque deductio facta, sufficiens est ad transmittendũ huiusmodi beneficium ad hẹredes, qua ratione, aut quo iure prætendi poterat transmissibile, & cessibile ex eo quod poterat opponi, dùm nõ fuit oppositum, imò neque poterat opponi contra Principem donatarium, qui nequiuerat viuente adhùc Principissa pro donatione agere?

Et ex his non videbatur esse mul-
7 tifaciendum de *decis. 124. Christinei num.8. tom.4.* relata à *Dom. Præside Merlino d.cap.19. num.18.* vbi præferendum creditorem etiam in actione personali, donatario anteriori decisum asserit: quia vt authoritas tanti Senatus defendi possit; vt bene obseruauit idẽ *Dominus Præses* non potuit alitèr procedere, nisi quia erat donatio causa mortis, & quasi in anticipationem successionis, quæ nisi deducto omni ære alieno deberi nequit, vt ipsemet *Christineus* difficultatem decisionis aduertit: præterquàm quod non aperitur ibi donationem fuisse cum hypotheca, vndè non mirùm, si creditor licet tempore posterior ex causa onerosa prælatus fuerit donatario, licet anteriori absque tamen hypotheca, quia inter eos benè priuilegium extimatur ex causa; & præfertur creditor ex causa onerosa.

Neque multum eiusdẽ *Dom.Præsidis Merlini* animum torquere debe-
8 bat decisio S.C. quam in *d. decis. 48.* retulit idem *Dom. Regens Rouitus* cuius S.C. authoritas fuit omnibus semper in veneratione habita, adeò vt doctissimus *Noguerol in d. allegat. 14. num.69.* magnam ex illa decisione *Domini Rouiti*, acquisiuisse authoritatem huiusmodi pro creditore oneroso opinionem asseueret.

Quoniam nunquam S.C. hoc decidere cogitauit, etenim vt idẽ *Dom Regens*

Regens Rouitus ibidẽ refert, fuit tantummodò per S.C. decisum esse procedendum ad venditionẽ Terrarum Casarani,& Casaranelli, quæ fuerant eiusdẽ Principissæ donantis,& possidebantur per Principem hæredem, & donatarium firmo remanente sequestro pro affictu illius anni. Ex quo decreto, nullo modo videtur fuisse decisus articulus de quo disputamus, quia cum Princeps esset donatarius duc.70.mil.in pecunia numerata, nõ poterat retinere Terras pro summa prædicta,quæ pluris valerent,& consequentèr nequiuerat illarum venditionem impedire, eo magis instantibus creditoribus anterioribus eiusdẽ Principissæ,sicut neque impedire depositum faciendum per conductorẽ. At tantùm abest,quod S.C.huiusmodi articulum ad fauorem creditorum ex causa onerosa deciderit, vt facto deindè deposito per conductorem, fuit illud liberatum ipsi Principi donatario, exclusis creditoribus posterioribus, quàmuis ex causa onerosa; quod decretum fuit deindè confirmatum per S.C. reiectis nullitatibus per eosdem creditores propositis, vt apparet ex actis,quæ videre volui,ex quibus videtur prędictus *Dom.Regens Rouitus*,vt sui ingenij acumen ostenderet, voluisse potiùs proprium votũ in lucem edere, quam sententiam S.C.Typis mandare,per quam apparet contra creditores posteriores, licet ex causa onerosa, fuisse decisum.

Et proindè satisfactis ni fallor omnibus oppositionibus ex aduerso adductis,& excitatis, ità etiam fore decidendum in hac eadem causa dicebam.

Die 2.Octobris 1645.

Facta relatione in Collaterali Cõsilio per eundem Dominum tunc *Regentem Merlinum* causæ Commissarium delegatum cum interuẽtu aliorum Dominorũ Regentium fuit Decisum contra creditores posteriores Principissæ donantis, etiam ex causa onerosa, ad fauorem Ducis Magdaloni creditoris Principis donatarij, cui fuerũt liberati duc.8044. restantes ex pretio prędictarum Terrarum: penès Anastasium à Mãdatis Scriba. de qua sententia mentionem facit *Dom.Reg.Sanfelicius in praxi iudiciaria, sect.27.à nu.38. ad finem*,vbi primas nostras lucubrationes imprimi curauit; & de ea etiam doctissimã, & accuratam decisionem exarauit idẽ *Dom.Reg.Capycius Latro Marchio Torelli in d.decis.156.tom.2.*

At vnus ex Dominis retulit mihi fuisse etiam in dicta decisione consideratum, quod respectu Ducis Magdaloni maior aderat facilitas ità decidendi, ex eo quia hoc priuilegium donatori concessum sicut est personale respectu ipsius donantis actiuè,
9 ità vt non transeat ad hæredes, neq; ad fideiussores, & multò minus ad creditores ex supra dictis, ità etiam est personale passiuè respectu ipsius donatarij, ità vt non possit opponi nisi contra ipsum donatarium, non autem contra alios, etiam habentes causam ab eo, per notabilem doctrinam *Iasonis in d.l.nesennius, ff.de re iudic.*vbi hoc semel,& bis obseruasse videtur v3. *num.1.* vbi asserit, quod exceptio ne quis teneatur, vltrà quã facere possit deducto ne egeat, est merè personalis, & ideò soli donatario obijcitur,& non alteri prætẽdenti causam ab eo onerosam, vel etiam lucratiuam: Replicat hoc etiam sub *num.3. in 1.notab.* dicens, quod licet donator si conueniatur à donatario habeat contra eum hanc exceptionem,per *text.in d.l.inter eos*, tamen si delegatur alteri etiam ex causa lucratiua, non habet contra eum hanc exceptionem, & sic videtur, inquit, quod sit in potestate donatarij priuare hac exceptione donatorem, & facere quod ipse donator ex sua liberalitate inops factus periclitetur contra *l. ne liberalitate*, *infrà eodem*, repetit hoc quoque *sub num. 6. in 3.notab.*

3.*notab.* inquiens,quod ficut hæc exceptio est personalis ex parte eius, cui competit,& sic actiuè ità vt non transeat ad eius hæredes,ità etiam est personalis ex parte eius, contra quẽ competit, & sic passiuè, & ideò licet competat contra donatarium, tamen non competit cõtra habentem ab eo causam siuè onerosã, siuè lucratiuã.

Et hoc clarè desumi dicebat ab eodẽ *tex.in d.l.nesennius*,vbi quærens Nesẽnius Apollinaris à Paulo Iureconsulto,*Si te donaturum mihi delegauero creditori meo,an insolidum conueniendus sis? Respõdit Paulus,quod nulla creditor exceptione submouetur, licet is,qui ei delegatus est,poterit exceptione vti,aduersus eum, cuius nomine promisit;* Ideòq; concludebat,quod cum non Princeps donatarius, sed Dux Magdaloni,qui causam onerosam ab eo habebat,iudicium instituerat,non poterat cõtra eum opponi huiusmodi exceptio per eandẽ Principissam donantem, & multò minus per eius creditores,quãuis ex causa onerosa.

Verùm enim verò, licet in præcedenti disputatione incidentèr,& pertransendo, hoc assumptum tradiderim sub *nu.*28.ex doctrina *Cumani in d.l.nesẽnius, in princ.vers.nota summarium*, attamen vt verè fatear, non videbatur mihi huiusmodi doctrina valdè, & vndiq; tuta, & parùm applicabilis ad casum de quo disputabamus.

Etenim hæc *Iasonis*, siuè *Cumani* doctrinà, imò *Pauli Iureconsulti* locũ sibi vindicat quando interuenit delegatio,& ità loquitur *Paulus*,& explicat *Iason in d.1.notab.sub num.3.*licet in alijs locis non ità clarè loquatur, & eo casu videtur clara ratio decidendi, nàm quando interuenit dele-
10 gatio, tunc donator incipit esse debitor illius,in cuius beneficium delegatur, & ideò quia illi non donauit, non poterit cõntra eum hac vti exceptione, sicut poterat contra donatarium; & hanc rationẽ, quæ restringit dictum, refert idem *Paulus Iureconsultus in fine*,vbi asserit,quod sicut hæres donatoris insolidum condemnatur,& ipse etiam fideiussor,qui in donando adhibuit,ità & ei, cui non donauit insolidum cõdemnatur, quã rationem videtur considerare idem *Iaf.d.1.not.sub num.3.* Vndè cum in casu contingẽti Principissa donatrix non fuerit per Principem donatariũ Duci Magdaloni delegata, nõ videtur applicabilis doctrina. Quoniam Dux hoc casu nõ agebat ex persona propria,nec ex credito, siuè obligatione contracta cum ipsa Principissa, cum qua nihil contraxit, sed ex persona ipsius Principis donatarij exercẽdo illius iura; vndè omne id,quod poterat contra ipsum Principem opponi, poterat etiam obijci contra ipsum Ducem: secus autem esset,si delegatio interuenisset, quia tunc per eam,ipsa donatrix effecta esset debitrix creditoris donatarij, & ille tunc ageret non ex illius persona, sed ex propria, & ex contractu, seù ex obligatione, cum ea inhita per nouationem.

Et ideò idẽ *Iaf.*hoc aduertẽs *d.n.6. in 3.notab.* subdit: *Ad hoc limita istum textum vt procedat quãdo ex tali obligatione mutatur obligatio, & actio, & eius qualitas*, vt in *d. textu* (proùt est quando interuenit delegatio, quia tunc mutatur actio,& obligatio,dùm delegatus non est ampliùs debitor delegantis, sed fit debitor eius,in cuius beneficium fit delegatio) subdit deindè: *Nàm alia est obligatio, ex qua nunc conuenitur donator à marito, quam sit illa,ex qua tenebatur donatario,& est alterius qualitatis.secus quando non mutatur obligatio, nec actio, nec eius qualitas respectu rei conuenti, licet persona actoris mutetur, & est text.in l.si post diuortium,& in l.si maritus, ff.solut. matrim. vbi maritus, & socer habent actiue hanc exceptionem ne teneãtur vltrà quam facere possunt, & illam habent non solùm si exigatur ab vxore,*

ab vxore, sed etiam si exigatur ab harede mulieris, vel à fisco, cui dos ob delictum mulieris fuit confiscata, subdens, *Nota benè istam limitationem, quia est fundamentalis, & necessaria.*

Vndè cũ Dux non haberet delegationẽ, sed tantùm creditor esset Principis donatarij, & illius actione ageret, nõ videbatur posse applicari *Pauli Iureconsulti responsum, & Cumani, & Iasonis* doctrina, & hæc sunt, quæ nos in hac causa nõ considerauimus, vt refert *Dom. Regens Capycius Latro in d. decis.* 156. *in fine.*

SVMMARIVM.

1 *Fructus in actione hypothecaria non veniunt.*

.. Nisi super eis iàm pendẽtibus fuerit factum sequestrum.

.. Vel post sententiam res ipsa abducta fuerit.

2 *Fructus fundi vt in obligatione veniãt, sufficit vt fundus tantùm obligetur, quàmuis de eis nominatim actum non sit, secundum opinionem* Accursij.

.. At contrà Salic. *& alij.*

.. Et distinctione concordantur.

3 *Fructus pendentes dicuntur pars fundi, ideò sub illius obligatione comprehenduntur.*

4 *Fructus non possunt obligari vti fructus de per se, sed vti pars fundi secundum* Negusantium.

5 *Fructus fundi pendentes, ad hoc vt validè vti pars fundi obligari possint, requiritur, vt tẽpore obligationis fundus ipse in dominio debitoris fuerit.*

6 *Fructus fundi, qui tempore obligationis non pendent, sed postea nascuntur, licet sub speciali obligatione fundi veniant, duo tamen necessariò requiruntur.*

.. Primum, quod nascantur. Secundo, quod dominium illorum ad eum perueniat, qui illos obligauit, vel eius hæredem.

7 *Fructus si penès tertium nascantur in obligatione non veniunt.*

.. Nisi penès obligantem saltem concepti sint, vel sati.

.. Quia eo casu vidẽtur aliquo modo fuisse in dominio debitoris obligantis.

8 *Fructuum dominium perceptione acquiritur.*

9 *Fructus etiam sub generali hypotheca veniunt tamquàm bona futura.*

.. Licet de illis non fuerit nominatim conuentum.

.. Dummodò nascantur, & ab ipso debitore percipiantur.

10 *Litis contestatio malam fidem inducit.*

11 Cini *distinctio* in l. quàmuis, C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. *discutitur.*

12 *Fructus percepti post litem contestatã indistinctè Iudicis officio sunt restituendi, siuè extantes, siuè consumpti ob malam fidem.*

13 Text. in l. certum 22. C. de reiuend. *differentiam fructuum extantium, & consumptorum, solùm facit ante litem contestatã: secus post litis contestationem, quia tũc indistinctè omnes in restitutionem veniunt.*

14 *Fructus à bonæ fidei possessore percepti, etiam manẽte dominio penès debitorem, quàmuis extantes in restitutione non veniunt, ex* l. qui scit 25. §. 1. cum seq. ff. de vsur. *secundum opinionem* Antonij Fabri.

15 *Mala fides, quæ ex litis contestatione prouenit quòad fructuum restitutionem, non habet locum nisi in iudicio reiuendicationis, vel vniuersali, vel in interdictis.*

.. Secus autem in actione hypothecaria.

16 *Fructus sequuntur dominium, & ad eum spectant qui dominus est.*

17 *Iudicium assistentiæ non aufert dominium, sed possessionem.*

18 Text. in d. l. qui scit, §. bonæ fidei, ff. de vsur. *contradicit* text. in l. bonæ fidei, §. in contrarium, ff. de acquir. rer. domin. *cui concordat etiam* text. in l. qui bona fide, ff. eod.

.. De

..*De quorum concordia latè agunt* Cuiac.Facchin.Pichard.& Kohl.
..*Quàmuis* Couarr. *nullo modo posse ad concordiam reduci fateatur.*

19 *Leges de fructuum perceptorum post litem contestatã restitutione loquentes, omnes loquuntur in iudicio reirendicationis, vel vniuersali, vel alio, de cuius natura veniunt fructus.*
..*Et omnes sigillatim numerantur.*

20 ..*Solummodò autem* text. in l. si fundus 16. §.in vẽdicatione, verſ. interdum, ff.de pignor. *videtur aliquo modo loqui in iudicio hypothecario.*
..*De cuius tamen intellectu latè agitur.*

22 Gloſſæ *intellectus affertur, quem sequitur etiam* Greg.Lopez ad d.l.si fundus, ff.de pignor.

21 *Intellectus* Dom. Regẽtis Sanfelicij in deciſ.119.ad d.l.si fundus, §.interdum, ff.de pignor. *adducitur.*

23 *Dominij causa in necessarium antecedens debet praecedere causã pignoris.*

24 Præſidis Merlini *doctrina explanatur in* controu.24.lib.1.

25 *Mala fides non priùs induci potest, quam possessor incipiat scire rem ad se non pertinentem possidere.*
..*Cum aliud non sit nisi scientia rei alienæ.*

26 *Mala fides in actione hypothecaria per litis contestationem nõ inducitur.*
..*Quia nõ perindè res ad petitorem pertinet, nec emptor desinit esse dominus.*

27 *Litigiosi vitium per actionẽ hypothecariam minimè contrahitur.*

28 *Pignoris obligatio dominij translationem nequaquam impedit.*

29 *Litis contestatio non potest facere malæ fidei possessorem illum, qui plusquam bonæ fidei possessor est, cum sit etiam dominus.*

30 *Litis contestatio facta à creditore non inducit malam fidem, sed tantùm illa, quæ fit à domino.*
..*Tunc enim incipit scire rem ad alium pertinere.*

31 *Litis contestatio in actione hypothecaria potiùs auget bonam fidem quam minuit.*
..*Quia magis incipit scire rem ad se vti dominum pertinere, licet alteri obligatam.*

32 *Possessores omnes post litem contestatam sunt in pari causa.*
..*Excepto eo, qui nedum possessor est, sed etiam dominus.*

33 *Actio vtilis seruiana non competit pro fructibus, quàmuis directa competat pro fundo.*
..*Quia fructus nunquàm debitoris fuerunt.*

34 *Mala fide possidere nemo potest rem, cuius ipsemet dominium habet.*

35 *Mala fides ex litis contestatione causata, nunquam poterit operari, vt res, quæ nullo tempore in dominio debitoris fuit, in obligationẽ venire possit.*

36 *Ius dominij potentiùs est quam ius hypothecæ.*

37 *Illatio ex diuersis fieri non potest.*

38 *Iudicia, quæ dominium vindicant, requirũt restitutionem rei cum causa, id est cum accessionibus.*

39 *Hipothecaria, nudã tantùm possessionẽ auocat, cuius nulla est accessio.*

40 *In hypothecaria nõ debet de fructibus etiam data mora pronunciari.*
..*Quia nõ veniunt accessionis iure, sicut in iudicijs in rem.*

41 *Possessor, qui rem meliorauit, potest pignoris extimationẽ offerre, licet minor sit credito.*

42 *Intellectus ad* l.1.§.cum prædium, ff.de pignor. *accomodatur.*

43 *Hypothecaria actio contra vsucapientem fructus, bene conceditur: non sic contra emptorem, qui illos percepit, & de ratione.*

44 Deciſio 63.Dom.Regentis Capycij Latro *loquitur in reiuendicationis iudicio.*
..*Et tamen non à die litis contestatæ, sed à die publicationis fructus venire, decisũ fuit; sed de hoc dubitatur.*

45 *Scire propriè est, de quo ratio reddi potest.*

46 *In iudicio hypothecario nõ potest procedere distinctio* Cyni, *quod fructus post iudiciũ percepti restituendi sint officio Iudicis.*

47 *Intellectus* Gloss. in l. qui scit, §. bone fidei, ff. de vsur. *reijcitur.*

48 *Fructus in contractu censuali veniũt etiam si fuerint nati, & percepti per singularem successorem, ex sententia* Cencij, & Præsidis Merlini.

49 *Fructus post iudicium percepti Iudicis officio sunt instituendi in iudicijs vendicantibus dominium, nõ autem in hypothecario.*

50 *Intellectus ad* l. si fundus, §. interdũ, ff. de pignor. *affertur.*

51 *In hypothecaria, quæ arbitraria actio est, regularitèr non fit condemnatio de fructibus Iudicis officio.*

52 *Iudicis officium versatur circa ea, quæ ad ius obligationis accedunt.*

53 *Contestatio sicut ex nulla obligatione non datur, ità nullum datur officium Iudicis.*

54 *Iussus Iudicis loco obligationis succedit.*

55 *Actiones arbitrariæ, quæ dicantur?*

56 Ant. Fab. in C. de pignor. diffin. 15. *loquitur in simplici bonæ fidei possessore, non autẽ in emptore, & domino.*

57 *Doctrina* Cencij de cens. quæst. 78. num. 8. *declaratur.*

58 *Iudicis officium non competit ex natura actionis, sed æquitate tantùm suadente.*

. . Ideò æquitate cessante, illud cessat.

59 Decisio Rotæ par. 4. in nouiss. decis. 794. *refellitur, & declaratur.*

60 *Dominium est causa acquisitionis fructuum.*

61 *Causa quælibet, imò etiam erronea, excusat à fructuum restitutione.*

62 *Fructus quatenùs iu actione hypothecaria essent restituendi, intelligitur Iudicis officio mercenario.*

. . Ideò si pendẽte iudicio non petantur, nõ possunt ampliùs peti post sententiam.

63 *Sententia lata super principali, extinctum dicitur Iudicis officium.*

. . Adeò vt super accessorijs ampliùs iudicari non possit.

65 *Reseruatio debet intelligi prout ius ipsum intelligit.*

65 *Clausula*, ius, & iustitiam ministrari, & omni modo meliori, *vim non habet in illis, quorum nulla mentio facta est in libello.*

66 Decisio Guid. Papæ 405. *declaratur.*

67 Afflict. decis. 188. *pro nostra allegatur opinione.*

68 *Dominium non dicitur translatum per adiudicationem pendente appellatione ab appretio.*

69 S.C. *nunquam præstitit assistentiã super re, & fructibus in petitione non contentis, nec sequestratis, teste* Reg. Sanfelic. in decis. 119.

70 *Decisio alia S.C. pro hac opinione affertur.*

ARGVMENTVM.

Fructus fundi pignori obnoxij, vt in obligatione comprehendantur, necessarium esse, vt in dominio debitoris aliquando fuerint: Hinc per emptorem perceptos in iudicio hypothecario, neque Iudicis officio, esse restituendos, nihil adiuuante litis contestatione, quæ in hoc iudicio malam fidem inducere nequit.



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LVIII.



VM fuisset mediante sẽtentia S.C. præstita assistentia in beneficiũ Io. Baptistę Capycij Minutuli Baronis Valentini, contra Sacrum Hospitale Incurabilium tertium possessorẽ, & contra Antonium Siluestrum Ferrarium authorem laudatũ super quodam Rure sito in Casale Meliti; fuit per actorẽ excitata quęstio circà fructus per prædictos tertios possessores perceptos, an scilicet illi sub hypotheca venirent, & consequentèr essent restituẽdi saltem à die litis contestatæ?

Et in hac quidẽ satis ardua, & difficili quæstione, vt ingenuè fatear ob legum, & Doctorum ambiguitates, nẽ dicam contrarietates, maluissem potius addiscendi partes eligere, quã scribendi, & disputandi munus suscipere: admirabar tamen in Domino Aduersario acumen ingenij, dùm in re tantis difficultatum nexibus intricata, tàm facilè etiam iudicium protulerit, & mei intellectus imbecillitati adscribendũ putabam, rem planam, & vt ipse asserebat vulgatissimã in dubiũ reuocare: sed vt Sacro Hospitali, & Antonio Ferrario cliẽtibus, & magis veritati vt sentiebam morẽ gererem, hæc qualiacumque fuerint adnotare censui, vt aliquid saltem de huiusmodi articulo degustasse viderer, nõ immemor rem agi coràm doctissimis Senatoribus, qui omnibus prò more pensatis, & ea, quæ mihi deficerent supplendo, sententiam iuri consonam proferre non ignorarent: millies enim quæstionem huiusmodi præcipuè in S.C. vbi casus magis singulares contingere solent; euenisse certum habebam, nunquam tamen memineram (ni memoria deciperer)
1 fuisse decisum in actione hypothecaria venire fructus perceptos, nisi vel expressè super eis iàm pendentibus actio fuisset intentata, & super eis factum sequestrum, vel post sententiam res ipsa abducta fuisset: Sed quia ingenia quotidiè acutiora euadere videntur, non mirùm si iterum in examen adducantur ea, quæ aliam semper interpretationẽ habere visa sunt.

Ad intelligentiam autem quæstionis illud necessariò ante omnia esse inspiciendum arbitrabar, an fructus scilicet ipsi sub pignoris nexu comprehensi censeantur, ex hoc enim principio principalitèr pendere quęstionem, quam disputabamus censebam, cùm aliàs frustrà quærere videremur, nùm fructus in hypothecaria veniant actione, si illi obligati non fuerint.

Duplicitèr autem quæri posse dicebam, nùm fructus ex fundo in obligationem veniant, vel Primò, quando specialitèr fundus ipse fuit hypothecatus, vel Secundò, quãdo generalitèr bona omnia obligata fuere.

Primo modo magna fuit inter Doctores disputatio, an necessè sit de illis nominatim pacisci, vel sufficiens
2 sit obligatio tantùm ipsius fundi, & *Accurs. in l.1. §.cum prædium, ff. de pignor. in verbo conuenit*, expressè renuit sufficere fundi obligationẽ, per *text. in l. in prædijs, quib. mod. pign. tac. contrab.* quàmuis rectiùs allegare voluisse arbitror *text. in l. quàmuis 3. C. in quib. caus. pign. tac. contrab.* vt aduertit ibi *Fulgos. & Surd. in decis. 97. nu. 5.*

Tamen contra *Gloss.* tenuit *Salic. in d. §. cum prædium, num. 4.* quem sequitur subtilissimus *Ant. Faber de error. pragm. decad. 93. error. 1. 2. 3. & 4.* dicentes nõ venire fructus, nisi expressè fuerint obligati per *d. §. cum prædium*, imò *Faber in d. error. 2.* neq; venire, etiam quod nominatim fuissent hypothecati, vt inferiùs declarabitur, affirmat.

Quicquid tamen sit de veritate opinionum; distinctionis tamen fęde-

re facile cōciliari posse existimabam. Aut enim loquimur de fructibus pēdentibus tempore obligationis,& eo casu *Accursij* opinio bene procedit ex dicta *l.quāuis,C.ex quib.caus.pign. tac.contrah.*quia tacita conuentione videntur obligati, cum præsumi possit æquè debitorem fructus pendentes obligare voluisse,ac fundum ipsū hypothecauit, & proindè censentur
3 sub obligatione comprehēsi, nedum vti pars ipsius fundi, per *text.in l.fructus 44. ff. de rei vend.* sed etiam vti fructus à solo separādi, vt in *l.& quæ non dum 15. ff. de pignor.* quia quodammodò sunt in rerum natura, argumento *text. in l.qui in vtero, ff.de statu homin.*licet *Negusant. de pignor. in 3. memb. par. 2. num. 45.* teneat, (& meo quidem iudicio non malè)
4 loquendo tamen de fructibus industrialibus,quod non possint sub obligatione fundi comprehendi, vti fructus de per se, sed vnà cum ipso fundo, & vti pars illius, ex *text. in l. fin. §.fructus,ff.quæ in fraud.credit.*& proptereà ipse tenet,non competere hypothecariā,si illi fuerint deindè percepti à bonæ fidei possessore, & sequitur optimè *Surd. in d. decis.97. & Menoch.de adipisc.possess. remed.3. nu. 119.* contrà quos, nescio tamen si fęlicitèr, insurgit *Manent. decis. Mantuan.34.num.2.cum seqq.*

Requiritur tamen secundum eiusdem *Accursij* sententiā, quod fundus ipse, à quo fructus pendentes sunt,in
5 dominio debitoris fuerit tempore obligationis,vt habetur in *l.potior 11. §.si de futura, ff qui pot.in pign.*& post *Fulgos. Alber.Bald. Angel Salic.Negus.* & alios, tenuit *Surd.in d.decis.97. Magon.decis.Florent.124.num.12.& Gait. de credit. cap.4. quæsit.7. num.413. & 415.*

Aut verò loquimur de fructibus non pendentibus tēpore obligatio-
6 nis, sed qui posteà nascuntur, & hoc casu licet veniant sub speciali obligatione fundi,quàmuis nominatim de eis non fuerit conuentum, ex *l. si conuenerit 18. §.si fundus, ff.de pignor. action.* & meliùs in *l. Paulus 29. §. si mancipia, ff. de pignor.* & aduertit ibi *Glos. in verbo pepererint*. Attamen non possunt in obligationem venire, nisi duobus concurrentibus traditionibus. Prima, nimirùm si nascantur, ad *tex. in l.interdum, ff.de verb. oblig.* cùm tunc dicantur esse in rerum natura,vt dicunt omnes in *d.§.cum prędium.* Secundò, si in dominio ipsius debitoris fuerint, ad *text. in l.1. §.1. ff de pignor.& d.§.si mancipia, ff.eodem,* vbi Iureconsultus, tunc demum fructus sub obligatione comprehendi decernit, si dominium illorū ad eum peruenerit,qui obligauit,vel hæredē
7 eius, cæterum si apud alium dominū nati fuerint sub obligatione non venient,& ibi *Gloss.*communitèr approbata in *d.verbo pepererint*,aduertit, & extendit, idem esse, si apud debitorē concepti sint, quia manet tunc etiam pignus, & ideò si fructus fuissent per debitorem sati,quàmuis deindè collecti mutato dominio penès tertium, adhùc venient sub hypotheca, quia videntur aliquando fuisse in dominio debitoris,ex *d.Gloss.in verbo pepererint*,quā sequitur *Salic.in d.l.quamuis, d. num.2. in fine, & Negus.par.2. membr.2.num.27.*& eadem *Gloss. in d.l.1.§.cum prædium in fin.in verb.emptor,* & in *verbo nunquam, circa med. vers.& ideò creditor*, hoc docet etiam eadem *Gloss.in d.l.potior,§ si de futura,* quem sequitur *Bart. & Salic. ibid. & Negusant.vbi supra num.45. vers.item dummodò*, probat etiam *text. in d.l.si conuenit, § si fundus, Salic.in d.l.quamuit,num.2.in fine*,quā sequuntur *Bald. ibidem in lect.antiq. num.2. vers.in secunda glossa, & Fulgos. nu.12. vers.ego autem,Gait. vbi supra num.416. Dom. Reg.Sanfelic. in decis.119. num.3.cum seqq.lib.2.*vbi alios allegat,& optimè videndus *Reg. Cons. Carleual tom.2.de iudic.disput.34.num.25.* vbi innumeros adducit, & nouissimè post hæc scripta

scripta editus *Mercurial. Merlin. de pignor. lib. 2. tit. 1. quæst. 53. num. 28. & 30. cum seqq.* vbi tamen *num. 29.* tenet, quod si concepti, & nati sint penès hæredem non veniant, quia mutatum dicitur dominium, quod nedũ per contractum, sed & per hæredis etiam institutionẽ fieri asserit, & ideò *Salyceti* distinctionem in hærede etiã procedere affirmat, allegans *Surd. in d. decis. 97. & Negusant. par. 2. membr. 2. num. 27.* quod tamen an sit admittendum, non affirmarem, cum videatur contra *text. in d. l. Paulus, ff. de pignor.* vbi Iureconsultus ait: *Hoc ita procedere, si dominium eorum ad eum peruenit, qui obligauit, vel hæredem eius, cæterum, si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata*; ergo idem est, si peruenerit ad debitorem, quam si ad hæredem.

In dominio autem debitoris peruenire fructus, ad hoc vt sub obligatione veniant, non alitèr contingere poterit; nisi quando apud eum nascuntur, vel à solo separantur, *l. fin. ff. de acquir. rer. dom.* tunc enim incipiũt considerari vti fructus, & esse in rerũ natura, vt dicunt omnes in *d. §. cum*
8 *prædium*, & tunc, & non anteà dici possunt in dominio debitoris fuisse, quia perceptione acquiruntur, *l. nec emptio 10. de contrab. empt. & d. l. interdum 73. ff. de verb. oblig.* idem *Dom. Carleual vbi supra nu. 22. vers. itaque.*

Hinc sequitur, quod si fructus fundi percipiantur à tertio mutato dominio, nec à debitore fuerint sati, nec sub eo concepti, non possunt dici in dominio debitoris fuisse, & consequentèr non possunt in obligationẽ incidere, *l. quæ prædium, C. si aliena res, & l. qui filios, C. quæ res pign. oblig. poss. Negus. de pignor. d. membr. 3. par. 2. num. 4.* & optimè probatur in *d. §. si mancipia*, ibi, *cęterum si apud alium dominum pepererint, non erũt obligata.* Et ideò sicut non possunt expressè vti fructus obligari, quia non sunt in dominio debitoris, ità nec tacita cõuentione, de qua in *d. l. quàmuis*, vt refert *Gaitus vbi supra num. 422. cum seq.* quia debent esse in dominio debitoris, ad hoc vt in obligationem venire queant, per *text.* expressum in *d. l. 1. §. cum prædium, cum alijs supra adductis*, & aduertit *Ciriac. Nig. lib. 3. controu. cap. 490. nu. 56. cum seq.* & ante eum post *Bart. Salic. & Fulgos.* prò absoluto respondit subtilissimus *Alexand. Turamin. epist. forens. 9.* vbi fructus post dominij translationẽ in tertium possessorem nati, vel percepti, nulla affici hypotheca, cùm nunquã in dominio debitoris fuerint, pro veritate consuluisse fatetur; & nouissimè post *Surd. d. decis. 97. Negus. par. 2. memb. 2. num. 27. de Franch. decis. 112. num. 13. & Gait. cap. 4. num. 1069.* notat *Merlin. de pignor. d. lib. 2. tit. 1. q. 53. num. 25. & seq.*

Secundo autem principali modo quæri potest, an veniant fructus sub hypotheca, si fuerit illa generalis? Et
9 hoc casu quàmuis fructus cõprehendi possint sub obligatione generali vti bona futura, licet de illis nõ fuerit nominatim conuentum, *d. l. 1. ff. de pignor. & l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss.* nihilominus id intelligendum est sub eisdem conditionibus, quibus in precedenti adnotauimus: nimirùm si nascantur, & si ab ipso debitore percipiantur, & sub illius dominio perueniant, *d. l. 1. §. cum prædium, & d. l. & quæ non dum, ff. qui pot. in pign. hab. & l. fin. ff. de acquir. rer. dom.* vbi omnes: Et dicunt etiã *Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 4. num. 5. Cephal. in cons. 131. num. 14. lib. 1. Surd. d. decis. 97. num. 10. Gait. vbi supra nu. 413. cum seqq. Sese decis. Arag. 87. nu. 5. & 6.* & latè *Ciriac. d. controu. 490. a num. 51. cum seq. lib. 1.*

Sin autẽ ab alio percipiantur, ità vt nunquam fuerint in dominio debitoris, nullo modo sub hypotheca, quantumcunq; generali comprehẽdi possunt, vt dicunt omnes præfati DD. & præcipuè *Dom. Carleual vbi sup. n. 25.*

Ex his omnibus igitur dicebam in casu de quo disputabamus, fructus perceptos ab emptoribus prædicti fundi Melitensis nunquam potuisse sub obligatione illius fundi speciali, neque generali omnium bonorum venire; cum tẽpore obligationis fundi, nec vnquam deinceps, fuerint fructus ipsi ab emptoribus percepti, in dñio Io. Bartholomęi Minutuli debitoris, neq; ab eo sati, nec sub eo concepti, & consequentèr dùm in obligatione comprehendi nequaquã potuerunt, neque in hac hypothecaria actione intẽtata venire posse concludendum dicebam, vsquequo nõ fuerit abducta res à possessoris dominio, dùm liberè, & absque sequestro, vel impedimento fuerint ab emptoribus percepti, & consumpti ex prædictis.

Verùm, quia ex aduerso pars totum fundamentum, cùm hæc omnia negare nequiret, constituere videbatur in mala fide superueniente ob litem contestatam, quæ malam fidem
10 inducit *l. certum*, *C. de reiuend.* prætendens omnia supradicta procedere in bonæ fidei possessore, secus in malæ fidei per doctrinam, & distinctionem *Cini in d.l.quàmuis* 3. *C.in quib. causa pign.tac.contrah.* vbi post *Iacob. de Arena* quẽ allegat; quærens quando fructus in obligationem veniant, & quo iure petantur, distinguit inter
11 perceptos ante, vel post iudiciũ. Et primo casu subdistinguit inter perceptos manente, vel mutato dominio detitoris: Si manente dominio an fuerint percepti à debitore, vel ab ab alio, si à debitore veniunt per *l.si conuenerit*, *§.penult.ff.de pignor. actio.* si ab alio, si extant veniunt, si consumpti, aut bona fide, & non veniunt per *l.si fundus* 16. *§.in venditione, verſ.interdum, ff.de pignor.* Mutato autem dominio debitoris si fuerunt sati à debitore, vel apud eum cõcepti, quo casu videntur aliquando fuisse in dominio illius, & extantes cadunt in obligationem, consumpti verò minimè vt habetur in *d. l.* 1. *§. cum prædium, ff.de pignor.* & *l.paulus, §.si mancipia, ff. eod.* aut nunquam fuerunt in eius dominio, & non veniunt, *d. §.si mancipia.* & *d.l.si conuenerit penult. ff. de pignor.act.*

Secundò vero casu quando post litem, & iudicium motum percipiuntur, & hoc casu *Cinus* indistinctè firmat, esse fructus perceptos, Iudicis officio restituẽdos, siuè extent, siuè sint consumpti, ob malam fidem, quæ per litis contestationem fuit inducta: Et hanc *Cini* distinctionem sequi videntur *Alber. & Salic. in d. l. quàmuis*, & eam veram esse asserit *Rota in nouiss. apud Farin. decis.* 794. *in princ.* secundum *decis.Capyc.* 177.

Ad cuius comprobationem ex aduerso adducebantur *text.in l.4. §.post litem, ff. fin. regund. & d.l. certum* 22.
13 *C.de reiuend.* Vbi discrimen inter extantes, & consumptos, consideratur tantummodò in perceptis ante litem contestatam, & sic in bonæ fidei possessore, secus autem post litis contestationem, quo casu nihil referre decernitur an extãtes sint, vel consumpti, cum vniuersos in restitutionem venire dicat Iureconsultus, ex mala fide, quam ex litis contestatione prouenire fatetur, ex *l.nemo* 10. vbi *Glos. C.de acquir.possess.* cum alijs concordantibus per Aduersarium adductis; vndè inuehit contra *Episcopum Riccium* Virum vndequaq; venerandũ; qui hanc nostram, licet alijs medijs, sectatur sententiã, in *praxi var.tom.*2. *cap.* 322. quod non bene hunc malæ fidei effectum considerauerit, & malè intellexerit *Capyc.in d.decis.*177. ideò his omnibus sigillatim occurrebam.

Et quod attinet ad longam *Cyni* distinctionem, quòad illam partem, in qua asserit, fructus perceptos ante litem, & consequentèr à bonæ fidei possessore, manente tamen dominio penès ipsum debitorẽ venire in hy-
14 potheca si extant, dubitabã an procedere facilè posset, cùm satis apertè decidere

decidere videatur *Iulianus in l. qui scit* 25. §. 1. *cum seq. ff. de vsuris*, quod bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus, id iuris habet, quod dominus prædiorum, adeò vt etiā fructuarijs præferatur, quorum non ante fructus fiunt, quam percipiantur, sed ad bonæ fidei possessorem pertinent, quoquomodo à solo separati fuerint, concordat *text. in l. in pecudum* 28. *ff. eodem, & l. bonæ fidei* 48. §. *denique, ff. de acquir. rer. dom.* cum alijs concordantibus, vt latè considerauit subtilissimus *Ant. Faber lib.* 4. *coniect. cap.* 17. & propterea etiam quod extent, non possunt dici fuisse in bonis debitoris, quod necessariò requiritur, vt in obligationē venire possint, nisi fuissent ab ipso debitore sati, vel apud eum concepti, ex *d. l. paulus*, § *si mancipia*, & consequentèr etiam in eis procedere debet dispositio *d. l.* 1. §. *cū prædium, ff. de pignor.*

Quo verò ad secundam distinctionis *Cini* partem, in qua videtur tenere indistinctè, fructus omnes esse restituendos post litem contestatā perceptos, ex mala fide, quæ ex illa con-
15 surgit, dicebamus, quod hæc mala fides, quę ex litis cōtestatione prouenit, quòad fructuū tamen restitutionem, non pōt cōsiderari, nisi in actione reiuēdicationis, vel in iudicio vniuersali, aut in interdictis, aut similibus, in quibus de natura fructus veniunt, secus autem in actione hypothecaria, de qua agebamus; & ratio
16 est euidēs, quia cum fructus sequantur dominium, & spectent ad eum, qui dominus est, *l.* 2. *&* 3. *C. de pignor. action. cap.* 1. *&* 2. *& cap. conquęstus, de vsuris, Cęphal. d. consf.* 131. *num.* 54. *Menoch. cons.* 300. *num.* 5. *Ciriac. controuers.* 40. *num.* 8. *& Rota Romana penès Farin. decis.* 520. *nu.* 1. *et seq.* statim atq; bonæ fidei possessor incipit scire rem ab ipso possessam, ad alium iure dominij pertinere, & alienam esse; constituitur in mala fide, adeò vt ex tunc fructus incipiant illius esse, qui verè dominus est, refert post alios optimè *Scayn. decis. Bonon.* 24. *n.* 26. per *tex. l. si venditor, ff. de euict. Gloss. in l. pignoris* 17. *ff. de pignorib.* quod non procedit in actione hypothecaria, in qua dubitari non poterit, quin dominium rei, possessoris sit, non autem credito-
17 ris, nec per assistentiā auferatur dominiū, sed possessio, & fructus sequātur dominium, nō possessionem, *l. videamus* 19. *ff. de vsur.* & propterea nō resultat mala fides ex litis contestatione, vt latius infrà dicemus.

At in hoc quoq; iudicio reiuēdicationis, adest etiā non minima legū antinomia, dùm in *d. l. qui scit* 25. §. *bonæ*
18 *fidei, ff. de vsur.* dicit *Iulianus*: *Bonæ fidei emptorē quòad percipiendos fructus intelligi debere, quādiù euictus fundus non fuerit*, & subdit, *nàm & seruus alienus, quem bona fide emero, tamdiù mihi ex re mea, vel ex operis suis acquiret, quamdiù à me euictus non fuerit*, & consequentèr etiam post litis contestationem, vt notat ibi *Gloss. in verbo percipiendos*, quod etiā post litē contestatā remanet bonę fidei vt fructus suos faciat. *Iuliano* autē ex diametro cōtradicere videtur *Paulus in d. l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium, ff. de acquir. rer. domin.* vbi si bonę fidei emptor cognouerit rem alienam esse, verèdum nè fructus suos faciat, cùm dubitari possit an sit bonæ fidei possessor, quàmuis vsucapiat, cui etiam adstipulatur *Vlpian. in l. qui bona fide* 23. *ff. de acquir. rer. domin.* vbi tamdiù per seruum domino acquiri asserit, quamdiù bona fide seruit; cęterum si cęperit scire, eum esse alienum, vel liberum: non initium, sed singula momenta esse spectanda decernit; & quàmuis *Gloss.* vtrobiq; multas conetur afferre solutiones, & etiam *Gothofredus ibidem, Couarr.* tamen *lib.* 1. *variar. quęst.* 3. dixit nullo modo posse concordari, & quod *Tribonianus* non meminit de contrarietate, quia non posuisset; sed de concordia latè agunt *Cuiac. & Pichard. in* §. *si quis à* non

non domino, Instit. de rer. diuis. Facchin.
lib. 1. controuers. cap. 59. & benè *Garzia*
de expens. cap. 23. & præsertim viden-
dus *Andr. Kobl exercit. iur.* 22.

Prętereà dicebamus, omnes leges,
quæ ex aduerso adducebātur in con-
trarium, vel adduci vnquam poterūt,
19 loqui, vel in iudicio reiuendicatio-
nis, vel vniuersali, aut alio, de cuius
natura veniunt fructus.

Et Primò *Paul. in d. l. bonæ fidei* 48.
§. in contrarium, ff. de acquir. rer. dom.
loquitur in reiuendicatione, ibi, *de-*
indè cognouero alienam esse rem.

Item, quando ad aliū rei dominiū
spectare cōstat, loquitur *Vlpian. in d. l.*
qui bona fide 23. *ff. eod. tit.* ibi, *Si cęperit*
scire seruū esse alienum, vel liberum.

Ità similitèr loquitur *tex. in l. itē ve-*
niūt 20. *§. petitā, ff. de pet. hæred.* & in *l.*
sed et si lege 25. *§. de eo autē, ff. eodē,* & in
§. etiam si ante litem, ibi, *Cępit enim sci-*
re rem ad se non pertinentem possidere
is, qui interpellatur, & consequentèr
loquitur in simplici possessore bonæ
fidei, qui per interpellationem effici-
tur malæ fidei, sciens rem non suam,
sed alterius, possidere, & idem in *l. si*
quid possessor, §. sicut, ff. eodem.

Similitèr *tex. in l. 2. C. de fruct. & lit.*
expens. loquitur in reiuendicatione,
dùm rei alienę incumbebat possessor,
& ideò re in iudiciū deducta scientiā
malæ fidei possessionis accepit.

Proùt etiam *tex. in l. nemo* 10. *C. de*
acquir. possess. & l. ædiles 25. *§. itē scien-*
dum, ff. de ædilit. edict.

Solus autē *Marcianus Iureconsul-*
tus in l si fundus 16. *§. in vendicatione,*
vers. interdum, ff. de pignor. videtur ali-
20 quo modo loqui in actione hypothe-
caria, asserens, *Quod interdum etiam*
de fructibus arbitrari debet Iudex, vt
ex quo lis incboata sit, ex eo tempore
etiā de fructibus condemnet: quid enim
si minoris sit prædium, quam quod de-
beatur; nàm de antecedētibus fructibus
nihil potest pronunciare, nisi res extent.
sunt verba textus. quę tamen *Gothofr.*
legit, *nisi existent, & res non sufficiat.*

Nihilominus, vt huic quoq; satis-
facerem, dicebam, quod prætetquam
21 quod dici possit *Marcianum* loqui
in vendicatione pignoris, & sic in do-
mino vindicante rem suam per ipsum
pignoratam, non autem actione hy-
pothecaria, vt aduertit idem *Reg. San-*
felicius in d. decis. 119. *num.* 10. *lib.* 1.

Attamen *Gloss. in d. vers. interdum,*
in verbo res extent, videns hoc non
posse ità simplicitèr, & indistinctè
22 procedere in actione hypothecaria,
& in iudicio assistētiæ contra empto-
rem, intelligit hoc locum sibi vindi-
care in illis fructibus, qui aliquo mo-
do fuerunt in dominio debitoris, pu-
ta, quia fortè illos seminauit, licet ab
alio possessore non domino, fuerint
percepti, quia tunc illos à die litis
contestatę restituere tenetur, si extēt,
nàm eo casu dicuntur comprehensi
in obligatione, & hypotheca, vt ha-
betur in *d. l. paulus §. si mancipia, ff. de*
pignor. vbi *Gloss.* & hunc etiam intelle-
ctum accomodauit eadem *Gloss. in*
d. l. 1. *§. cum prædium, in verbo nunquā*
debitoris, & meliùs in *l.* 1. *C. de partu*
pignor. in verbo placuit, sed quando
nullo modo in dominio debitoris
fuerunt, nec tempore obligationis,
nec vnquam posteà, quia non ipse,
sed debitor, & seminauit, & percepit,
vt emendat *Bart. in d. vers. interdum,*
in fine, tùnc fructus venire non pos-
23 sunt, quia causa dominij in necessa-
rium antecedens debet præcedere
causam pignoris, vt post *Ant. Fabrum*
decad. 63. *error.* 3. *vers. vndè fit*, refert
benè *Gaitus cap.* 4. *quæsit.* 7. *num.* 613.
vndè cùm nunquam fuerint in domi-
nio debitoris, nō potuit illos obliga-
re, & proptereà eadem *Glos.* declarat
verba illa, *nisi res extent*; idest *nisi ex-*
tent prædia cum fructibus pendentibus,
quia tunc cum pars rei esse videan-
tur, ex *l. fructus, ff. de reiuend.* veniunt
in obligatione, & etiam in restitutio-
ne, vt superius diximus; & optimè
ità etiam explicat *Greg. Lopez* viden-
dus *in l.* 16. *tit.* 13. *par.* 5. vbi distinguit
an fue-

an fuerint sati à debitore, quo casu veniunt in obigatione, etiam quod ab alio emptore percipiantur, an verò ab ipsomet emptore seminati fuerint, quia tunc sub obligatione non comprehenduntur, cùm nunquã fuerint in debitoris dominio, nisi tamen fuerint pendẽtes, quia tunc venient in hypothecaria, ficut ipsa res de qua percipiuntur, sequendo intellectum *Glossa in d. vers. interdum.*

Et secundum hos terminos loquitur, & intelligi debet doctrina *Dom. Præsidis Merlini lib. 1. controu. cap. 24.*

24 quia cum fructus essent pendentes, & consequentèr pars rei, *l. Iulianus, § si fructibus, ff. de action. empti, et l. fructus, de reiuend.* veniebant sub obligatione cum ipsa re, & consequentèr benè processit sequestrum super illis, prout fuit decisum: quãuis aliqua in discursu adducat, quæ nostræ cõtrariari videãtur sẽtẽtię, de quibus infrà.

Et ideò cũ in casu de quo disputabamus, res fuerit in dñio tertij possessoris, & fructus fuerint sati, & percepti per emptorem, nullo modo poterant includi in obligatione, & multò minus in actione hypothecaria, cùm nunquam fuerint in dominio debitoris, vt post *DD. in d. l. 1. §. cum prædium, & d. l. paulus, §. si mancipia,* dicit *Ladercb. consf.* 89. *sub num.* 2. *vers. & semper ad regulam,* & *Manent. d. decis.* 34. *num.* 8. *&* 15. licet in casu suo aliud tenere videatur contra *Surd. in d. decis.* 97. nùm verò benè, vel male non est nostrum ad prẽsens dirimere, cũ in alio versemur casu, benè verum est, ꝙ *Surdi* opinionẽ sequitur *Sesse d. decis.* 87. *& Rot. Rom. corã Buratto dec.* 449.

Remanet vt ad illud, in quo pars ex aduerso totũ faciebat fundamentum, responsionem aliquam adaptemus; fuisse nimirùm ex litis contestatione malam fidem inductam, & proptereà exindè teneri ad fructus, ex *d. l. certum cum concord.* nulla cõstituta differentia inter vendicationis iudicium, & hypothecariam actionem: cum lite contestata omnes pro prædonibus habeantur.

Quoniam, vt diximus, hæc mala fides ex litis contestatione inducta, non potest operari effectum nisi in iudicio reiuẽdicationis, vel vniuersali, vel alio simili, in quibus de domi-

25 nio disceptatur: Etenim mala fides non potest prius induci, quam possessor incipiat scire rem ad se non pertinentem possidere, & alienam esse, ex *l. sed et si* 25. *§. scire, & §. si ante, ff. de petit. hæred.* cum alijs superiùs adductis, & optimè *Schifordengher. ad Ant. Fab. lib. 2. tract.* 28. *quæst.* 8. *circa princ.* notat, quod mala fides nil aliud est, quam scientia rei alienæ, *l. qui à quolibet* 27. *ff. de contrah. empt. & l. quam rem* 37. *ff. de vsucap.* cum alijs allegatis per *Brisson. de verb. sign. lib.* 2. *§. generalitèr autem,* & per *Cels. Bargal. de dolo, lib.* 5. *cap.* 20. *num.* 4.

Hoc autem per litis contestationẽ in actione hypothecaria nunquam contingere potest, quià non ideò, ꝙ

26 creditor actione agat hypothecaria, res ad eum pertinere diei poterit, nec minus emptor desinit esse dominus, non magis quam si res fuerit litigiosa, *l. 1. iuncta auth. litigiosa, C. de litig.*

27 cuius litigiosi vitium per hypothecariam non inducitur, *§. ob hoc, auth. de litigios. Bart. in d. l. 1. C. de litig. Guid. Pap. decis.* 422. *Rot. Rom. penès Durand. decis.* 364. *n.* 11. *Merlin. de pignor. lib.* 4. *tit.* 5. *q.* 165. & nos diximus latè in *disput.* 42. *n.* 15. Ideòq; nihil refert, quod ipse sciat rem alteri esse obligatam:

28 cũ pignoris obligatio, dominij translationem non impediat, neque effectum illius, *l. si dominium* 9. *& l. distractis* 14. *& seq. C. de pignor.* nec proptereà quod sciat alteri rem esse obnoxiam definit esse dominus, & con-

29 sequentèr litis contestatio non potest facere malæ fidei possessorem illum, qui plusquam benę fidei possessor est, cum sit etiam dominus, nec super dominio mouetur quæstio, vt optimè ponderat *doctissimus Anton.*

Fabr

Faber de error. pragmat. decad. 93. error. 1. col. 5. fol. mihi 611. vers. quod si proponas, vbi addit parùm referre huiusmodi emptori, an iis sit contestata, vel ne, vel quod res minoris sit, quã fuerit debitum, vt consideratur in *d. §. in vindicatione, vers. interdum*, quia nõ ideò poterit condemnari ad fructus perceptos, nedum ante litem contestatam, quorum facit suos sola perceptione *d. l. bonæ fidei 48. ff. de acquir. rer. domin.* & absolutè per consumptionem *l. 4. §. lana, & §. post litem, de vsucap.* sed etiam perceptos post litem contestatam: quia inquit *Faber*
30 litis contestatio facta à creditore, nõ inducit malam fidem, sed tantũ ea, quæ fit à domino, quia tunc incipit possessor scire rẽ ad se non pertinere, sed ad dominũ, *d. l. sed etsi 25. §. scire, & §. si ante, ff. de petit. hæredit.* quod quidem non assequitur in actione hypothecaria: Quinimò tantũ abest, vt litis contestatio inducat malam fidem in domino possidente, quando
31 actione hypothecaria cum assistentia petitur, vt potius confirmet eum in bona fide; nàm magis incipit scire rem ad se vti dominũ pertinere licet alteri obligatã, agens .n. hypothecaria, videtur confiteri nõ esse dominũ, quia res sua sibi seruire nõ põt, vt in terminis dicit idẽ *Reg. Sanfel. in d. dec. 119. nu. 7.* & ante eũ obseruauit perbellè *Polydor. Ripa obseru. 383. num. 8.* quod per litis contestationem non augetur mala fides, sed minuitur, si reus neget contenta in libello; & idem *Reg. Sanfelic. num. 10.* dixit hoc solùm posse procedere in actione rei vindicationis, in quo per litis contestationem omnes efficiuntur malæ fidei per *d. l. certum, C. de reiuend.* cum alijs adductis per *Hartm. Pistor. lib. 4. quæst. 27. num. 1.* vbi ex his legibus
32 assumit post litem contestatam omnes possessores esse in pari causa, sed non procedere in eo, qui non solùm possessor est, sed etiam dominus; & ideò ipsemet *ante nu. 8.* inquit, quod ad hoc vt bonæ fidei possessor per denunciationem, vel litis contestationem in mala fide constituatur, requiritur vt talia interueniant, ex quibus probabilis rei alienæ scientia inducatur, quod videtur etiam sequi *P. Sanchez in præcept. decal. tom. 1 lib. 2. cap. 23. num. 193.* & ita procedere omnes leges in contrarium adductas fatetur *Reg. Sanfelic. vbi supra.*

Vndè consequens est, quod cum huiusmodi fructus non potuerint sub obligatione, neque speciali, neque generali comprehendi; nàm si spectemus initium, non erant in rerum natura, & ideò obligari non poterãt, *d. l. interdum 73. ff. de verb. oblig.* si verò aliud tempus, fuerunt sati, & percepti ab ipso emptore, & numquam fuerũt in dominio debitoris, ideò sequitur, ꝙ in hoc iudicio assistẽtiæ venire nequeant, & ideò bene dixit *Papinian. in d. l. 1. §. cum prædium*, non compe-
33 tere vtilem seruianam pro fructibus, licet competat directa pro ipso fundo; ea ratione inquit *Papinian.* ***Quià in fructibus non potest dari seruiana sicut in fundo, quia fructus nunquam debitoris fuerunt.*** & ex his dixit idem *Anton. Fab. d. decad. 93. error. 2.* Quod in hypothecaria fructus venire non possunt etiam post litem contestatã, quia neq; debitor in illis ius aliquod habebat, nec vnquam debitoris fuerunt: Quę ratio à *Papiniano* considerata inquit *Faber* omnem actionem hypothecariam excludit nõ obstante mala fide, quia quoàd eũ, qui dominus est, non potest per litis contestationem induci.

Nàm esse bonæ, vel malæ fidei possessorem, eius dumtaxat sunt qualitates, qui possessor tantùm est, nõ etiam dominus, quia nemo potest mala fide
34 possidere rem, cuius dominium habet, & ideò dici potest potiùs quęstio facti, quam iuris, quia possessio ipsa facti est *d. l. bona fidei, §. in contrariũ, ff. de acquir. rer. domin.* neque mala fi-
35 des ex litis contestatione causata

poterit

poterit vnquam operari, vt res, quæ
nullo tẽpore in bonis obligantis per-
mansit,& consequentèr in obligatio-
nem venire non valuit, in eam inci-
dat: cum nulla lege hoc caueatur,
& esset contra iuris principia, vt di-
cit *Papinian. in d. l. cum prædium*. Et
absurdũ esset dicere vt debitori, qui
vendendo, rei dominium in empto-
rem transtulit, ad *text. in d. l. si domi-
nium 9. & l. distractis 14. C. de pignor.*
quando fundi dominium non habet,
fructuum dominium acquiratur, vt
illi in obligationem venire possint,
& nõ potiùs ad fundi dominum per-
tineant, cum fructus dominium se-
quantur, non hypothecam ex *d. l. de-
mum, & l. si fundum, C. de rei vendicat.*
36 & potentiùs sit ius dominij, quã ius
hypothecæ, vt dicit *Statil. Pacif. de sal-
uian. interd. fol. 123. num. 368.* Et
ideò exhis dicebamus *Dom. Præsidem
Merlinum in d. controuers. 24. nu. 129.*
salua pace tanti viri dixerim, parum
rectè applicasse malam fidem ex litis
cõtestatione prouenientem in actio-
ne hypothecaria, ex *text. in d. l. certũ,
C. de reuend.* quia textus ille loquitur
in iudicio reiuendicationis, sicut etiã
omnes leges, quæ ex aduerso allegã-
37 tur, in alio iudicio, quam hypotheca-
rio loquuntur, in quo diuersa militat
ratio, & ideò non potest ex illis sumi
argumentũ, cum ex diuersis non fiat
illatio, *l. Papinianus exuli, ff. de minor.*
38 Etenim iudicia, quæ dominiũ vin-
dicant, requirunt restitutionem rei
cum accessionibus, quia restituere in-
telligitur, qui simul rem, & causam
actori reddit, quam ipse habiturus
esset, si statim iudicij tempore res ei
tradita fuisset, idest vsucapionis, &
fructuum, *l. restituere 35. ff. de verb.
signific.* nec sufficit corpus restitui, sed
etiam opus est, vt causa restituatur,
l. prætereà 20. ff. de reiuend. causam
autem rei dicimus, id omne, quod
habiturus foret actor, si eo tempore
quo iudicium accipiebatur, restituta
illi res fuisset *d. l. præterea 20. ff. de rei
vendic.* & explicat *Anton. Fab. lib. 15.
coniect. cap. 1. vers. causam*, etiam si in
personam agatur, ad dominium ta-
men rei vindicandum, quoniam qua-
le est cum petitur, tale dari debet,
l. vulgo receptum 2. ff de vsuris.

Non ità est in hypothecaria, quę
nudã tantùm possessionẽ auocat, *l. si
cum venditor 66. ff. de euict.* & notat
*Barbos. in l. si constãte 25. in princ. n. 33.
in fine, ff. solut. matrim.* cuius possessio-
nis nulla est accessio, *l. videamus 19.*
39 *ff. de vsuris*, & ideò in hypotheca-
ria nihil de fructibus etiam data mo-
ra pronunciari debet, quia non ve-
40 niunt accessionis iure, vt in iudicijs
in rem, de quibus in *l. 4. §. post litem,
ff. finiũ regund. et l. videamus, §. actionẽ,
ff. de vsur.* in quibus petitur, quod ali-
quando petentis fuit, vnde in hypo-
thecaria non militat ratio, de qua in
l. ex diuerso, §. 1. ff. de reiuend. quia illa
non cõuenit, nisi reiuendicationi, vt
aduertit *Gloss. in d. §. 1. in verb. restitui.*

Præcipuè cum in casu occurrenti
conuentus ob meliorationes factas
41 poterat offerre pretium pignoris, etiã
si minus fuerit credito, ex decis. *Bart.
in l. 2. C. de præd. nauic. Barbos. in l. diuor-
tio, §. fin. par. 2. n. 27. & de Frãch. dec. 38.*

Neque obstare dicebam intelle-
ctum, qui ex aduerso adducebatur
ad *d. l. 1. §. cum prædium, ff. de pignorib.*
42 Quod vtilis seruiana non datur pro
fructibus scilicet bona fide consum-
ptis, quasi aliud sit mala fide interue-
niente, quoniam licet verba illa bona
fide referantur ad fructuum consum-
ptionem factam per emptorem, non
tamen ex illis inferri poterit fructus
non bona fide consumptos esse in
bonis debitoris, sed potiùs contra-
rium desumi videtur; nàm vt aduer-
tit ibidem *Accurs. in verbo pignoris*,
Papinianus parificando casum bonæ
fidei emptoris, fructus acquirentis, cũ
43 vsucapiente, respondet tacitæ obie-
ctioni, cur scilicet non detur hypo-
thecaria super fructibus ab emptore
perceptis, & tamen detur contra vsu-
capien-

capientem, & illorum factum dominum per vsucapionem? Et respondet hoc euenire ex dissimilitudine casuum; nimirùm quia fructus per vsucapionem quæsiti, fuerunt quandoque in dominio debitoris, contra quem licet processit vsucapio, non tamen in præiudiciū creditoris vsucapi potuerunt; non sic in fructibus perceptis per emptorem, qui nunquā in bonis debitoris fuerunt; quæ ratio nō restringitur tantùm ad perceptos bona fide; sed comprehendit omnes, etiam superueniente mala fide, quæ nō est tantæ efficaciæ, vt possit illos comprehendere, qui in obligatione non veniunt, quia non fuerunt vnquam in dominio debitoris, vt post *Iacob. de Arena, Cin. & Salic.* tenuerunt omnes superiùs allegati, nisi aliquo modo fuissent in debitoris dominio, vt refert etiam *Dom. de Franch. in decis.* 613. *num.* 17. *vers. secunda*.

Neque officere *decis. Dom. Regentis Capycij Latro* 63. per partem allega-
44 tam dicebamus, quia loquitur in iudicio reiuendicationis, in quo benè procedit quæstio de mala fide per litis contestationem inducta, quia per eam incipit possessor scire rem alienam possidere: & nihilominus fuit ibi decisum fructus non à die litis contestatæ, sed à die publicationis venire, iuxtà *decis. Affl.* 59. quasi tùnc ex deductis, constituatur in mala fi-
45 de, non autem ex litis contestatione, quia scire propriè est eius, de quo ratio reddi potest, vt docet *Luc. de Penna in l. cum scimus, in princ. C. de agricol. & censit. lib.* 11. quàmuis in iudicio reiuendicationis de hac decisione non parum dubitarem per ea, quæ scribit *Hartman. Pistor. d. lib.* 4. *quæst.* 27. *num.* 2. *cum seqq.*

Ex his igitur constare dicebam in actione hypothecaria non posse procedere distinctionem *Cini, & Saliceti in d. l. quàmuis* 3. *C. in quib. caus. pign. tac. contr.* post *Iacob. de Arena*, & præ-
46 cipuè quod fructus post iudicium percepti, restituendi sunt officio Iudicis, de qua pars ex aduerso magnū faciebat testū, & super ea videtur inniti etiā *Dom. Præsid. Merlin. d. controuers.* 24. *nu.* 14. vbi dùm vult respondere ad *text. in d. l. qui scit, vers. bonæ*
47 *fidei, ff. de vsuris*, ibi, *respondi bonæ fidei emptor quoad percipiendos fructus intelligi debet, quandiù euictus fundus non fuit*; asserit inter alios intellectus quos ponit *Gloss.* ibidem, illum verū esse, quod licet faciat fructus suos, tenetur tamen illos restituere officio Iudicis, quem *Glossæ* intellectum sectari à *Bart.* fatetur in *l. ex diuerso, num.* 9. *ff. de reiuend.* & ibidem *Angel. post num.* 4. *vers. primum est*, & consentire etiā *Cuiac. Iulium Caprā, Facchin. Eucrard. Broncorst. & Charond.*
48 quos allegat, præcipuè in contractu censuali, in quo quia obligatio soluendi censum respicit principalitèr fructus, qui ex fundo obnoxio percipiuntur, ideò veniunt non solùm nati, siuè sati tempore obligationis manente fundi possessione penès debitorem, sed etiā futuri, & qui nascuntur penès tertium etiam singularem possessorem, authoritate *Gene. par.* 2. *cap.* 2. *quæst.* 3. *art.* 6. *num.* 8. & 13.

Quoniam hoc poterit procedere in iudicio reiuendicationis, in quo solùm potest poni quæstio de mala fide, vt diximus, proùt loquūtur *Bart. in d. l. ex diuerso*, & cæteri per *Dominū Merlinum* allegati, secus autem in actione hypothecaria, in qua non tantùm emptor, bonæ fidei possessor est, sed etiam Dominus, & ideò non tenetur restituere, vt latè probat *Anton. Fab. d. error.* 2. *per tot. & Masull. ad decis. Capyc.* 202. *sub num.* 4. vbi asserit dictum eiusdē *Capyc. in d. decis.* 177.
49 quod fructus percepti pendente iudicio, veniunt officio Iudicis restituendi, debere intelligi, quando in ipsa actione veniunt fructus, & consequentèr in iudicijs vendicantibus dominiū, in quibus ex natura actionis

nis, officio Iudicis veniunt, ea ratione, quia actori omne id præstari debet, quod habuisset, si mora facta ei non esset, vt *d.l. præterea, cum concord.*

Et quàmuis etiam in hypothecaria, idem dicendum esse affirmauerit idem *Dom. Præs. Merlin.* & cæteri per eum allegati, ex *text. in d.l. si fundus, d. §. interdum. C. de pignor.* Attamen
50 nō benè ad hoc allegari dicebamus. *Textus* enim ille non semper, sed interdum, & in casu à nostra hypothesi longè extraneo, officium Iudicis in hypothecaria respectu fructuum post litem contestatam perceptorum concessit: ideò dixit interdum. Quandoquidèm *Marcianus Iureconsultus in §. in vendicatione*, loquitur in simplici possessore sine titulo, deindè in *vers. sin vero dolo*, ponit casum in eo, qui dolo desijt possidere, & qui præcepto Iudicis de restituendo pignus, nec nolens potuit parere, ibi, *summa ope nisus non potuit*; deindè continuatiuè, & immediatè succedit *vers. interdum*, vbi asserit, *Quod etiam de fructibus arbitrari debet Iudex, vt ex quolis contestata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet.* sed hoc non semper, sed interdum, quia regularitèr in
51 hypothecaria, quæ arbitraria actio est, *§. præterea, versic. sed istæ, Instit. de actionibus*, non fit condemnatio Iudicis officio, vt per *Ias. Fab. & cæteri in dict. §. præterea, versic. sed istæ*, Iudicis namquè officium versatur circa ea, quæ ad ius obliga-
52 tionis accedunt, siuè ex natura negotij de quo agitur, vt in bonæ fidei iudicijs, siuè ex vi contestationis, quę ipsa per se officium Iudicis, licet minus plenè, solet inducere, præcedente tamen obligatione aliqua, vt in actione stricti iuris. Sed quia in hypothecaria, quæ arbitraria est, nō cadūt accessiones, nec obligatio ex parte possessoris, qui nō est obligatus, neq; ex contractu, nec ex quasi contractu, sed res tantùm est obligata, ideò sicut
53 ex nulla obligatione, nulla datur cōtestatio, ità nullū officiū Iudicis, regulaitèr tamen, quia interdū datur, vt in casu *d. §. interdum*, in quo quia pręcesserat iussus Iudicis de restituendo pignore, cui parere non potuit, ex
54 quo dolo desijt possidere, ideò quia iussus, loco obligationis succedit, argumēto *l. 1. C. si in causā Iudic.* nō mirū si iunctus Iudicis iussus cū litis cōtestatione ad exemplū iudiciorum stricti iuris, præbeat locum officio Iudicis, vt post *Ias. in d. §. præterea*, optimè, & subtilitèr pro more aduertit subtilissimus *Anton. Faber lib. 15. coniectur. cap. 1. vers. at in iudicijs*, vbi ar-
55 bitrarias actiones illas dici fatetur, non quia Iudicis arbitrio condemnatio fiat, sed in quibus non alia de causa sequitur condemnatio, quam quod præcedenti Iudicis arbitrio nō pareatur, & ideò si reus nō pareat, cōdēnabitur Iudicis officio, cui scilicet, illius contumacia locū facere cępit.

Et licet idem *Fab. in suo Codice, in tit. de pignor. diffin.* 15. relatus ad eodē *Dom. Preside Merlino* videatur tenere contrarium; præcipuè quando res super qua petitur assistentia non sufficit, ex *d. l. interdum in fine*; loquitur
56 tamen in simplici bonæ fidei possessore, non autem in emptore, & domino, in quo parum refert, an res minoris sit, quam debitum, vt ipsemet *Faber* docuit *in decad. 93. error. 1. col. 5. fol. 611. vers. quod si proponas*: Quia impossibile est, quod fructus, qui nunquam fuerunt in dominio debitoris, veniant in obligatione, & quod in in domino inducatur mala fides per litis contestationem in iudicio actionis hypothecariæ.

57 Ex quibus conuincitur æquiuocatio, *Cencij de censibus à Domino Præside Merlino* allegati *in d. par. 2. cap. 2. quæst. 3. artic. 6.* quæ in nouis est *quæst. 78. num. 8. & seq.* nàm aliud est dicere, quod tertius possessor etiam singularis fundi censui obnoxij teneatur ad census decursos tàm ante, quàm post captam ab eo possessionem, & de hoc non dubitatur, quia res transiuit cū sua causa, &

onere, *cap. ex litteris, extra de pignor.* & sicut fundus est obligatus pro sorte, ità etiã pro censibus, siuè annuis introitibus, & in istis terminis loquũtur *Feller. Crau. Gratian. Honded. et Giurba* per ipsũ allegati *nu.9. & 10.* aliud autem est dicere, quod fructus percepti, & nati, siuè sati per tertium possessorem, veniant in obligatione, vt ipse refert *num.8.* & hoc nullo modo procedere poterit, nec aliquem hoc dicentem allegat, sed ex suo capite dicit contra iuris principia, cum vt diximus, impossibile sit, quod fructus, qui nunquã fuerunt in dominio debitoris, veniant sub obligatione, nisi consideremus illos fructus vti pendentes, & consequentèr vti partem ipsius fundi obligati, & ideò vt venire possent, debebãt sequestrari. Hinc ad propositum post *Neguf. de pign. in 2. par. memb. 3. limit.* refert *D. de Frãcb. in decis. 112. n. 13.* quod creditor in re hypothecata aliquod ius nõ habet in fructibus perceptis manente dominio in posse emptoris, sed illi cedunt emptori domino.

58 Prætereà hoc Iudicis officiũ, quod secundum partis aduersæ opinionem datur ad fructuum restitutionem, nõ competit ex natura actionis, & semper, sed solùm æquitate suadente, *l. vnic. C. de conuen. qui cert. loc. Ias. in d. §. prætereà, Instit. de actionib.* ideò cessante æquitate, cessat etiam Iudicis officium, proùt in nostra hypothesi, in qua omnis æquitas cessare videtur, cum non agatur contra malę fidei possessorem, sed contra dominũ, qui iure dominij fructus percipit, etiã post litem contestatam, & habet titulum onerosum, quo casu iustè etiam percipere dixit idem *Manent. d. decis. 34. num. 15. & Ciriac. vbi sup. nu. 17.* & ideò sicut actio hypothecaria nullo modo competere potuit super fructibus, ità etiam æquitate cessante, neq; cõpetere poterit Iudicis officiũ.

Et ex his etiam refellitur decisio *Rotæ Romanæ par. 4. diuers. in nouissim.*
59 *decis. 794.* dùm non solùm sequitur *Cini* distinctionem; sed negat procedere commune illud axioma, quod fructus sequantur rei dominium, & proindè asserit fructus etiam ab alio domino, pendente iudicio in hypothecaria perceptos, esse Iudicis officio restituendos ex *d. §. interdum*,
60 & ideò videtur non benè concludere, cum certum sit dominium esse causam acquisitionis fructuum, *l. herennius 42. ff. de vsur. l. fundus, & l. in fundo, & l. ex diuerso, ff. de rei vend. d. cap. 1. & 2. & cap. conquestus, de vsur.* & in emptore bonæ fidei refert *Cagnol. in l. 2. nu. 7. C. de pactis inter empt. & vendit.* & tenuit eadem *Rota in decis. 793. num. 1. quæ est decis. 33. penès Pacif. de saluian. interd.* de qua etiam mentionem facit *Merlin. de pignorib. lib. 1. q. 53 nu. 38. & dec. 529 penès Farinac. & Cephal. d. consf. 131. nu. 14 lib. 1.* Quinimò videtur *Rota in d. decis. 794.* loqui in alio casu satis diuerso, vt colligitur ex *dec. 792. et 793.* quę in eadẽ causa fuerunt editæ; & inter alia ibi fructus fuerãt percepti per ipsos creditores, & super eis fuerat per Iudicem factum sequestrum, tempore quo actor non dùm fuerat declaratus dominus, & ipse petebat restitutionem ab ipsis creditoribus, & ideò casus ille longè dissidet à nostro, in quo fructus à vero domino fuerunt percepti bona fide, qui non obstante contestatione, non ideò desinebat esse dominus, & proptereà fecit fructus suos iure dominij, nec tenetur
61 ad eorum restitutionem cum quælibet causa, imò etiam opinio erronea non solùm in facto, sed etiam in iure, excuset ab illorum restitutione, vt notat *Beltramin. ad Ludouis. decis. 74. in princ.* & refert decisum idem *Masull. ad Capyc. d. decis. 202. in fine,* multò magis igitur excusationem præstabit ius dominicale, quod emptor habet, quod in iudicio hypothecario nõ perimitur per litis contestationem.

Quinimò vt magis ad casum, disputationem restringerem, dicebam,
62 quod quatenùs essemus in iudicio reiuen-

reiuendicationis, in quo secundum *Cini*, & aliorū, distinctionem fructus percepti post litem contestatam esſent Iudicis officio restituendi, certum est, hoc non posse contingere, nisi Iudicis officio mercenario, per *text. in l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædilit. edicto*; sed hoc casu si non petantur pendente iudicio, non possunt ampliùs peti post sententiam, *l. 4. C. depositi*, iuxtà notata per *Gloss. & DD. in l. 1. C. de iudic.* & refert *Franc. Marc. decis. 715. num. 5. & 6. par. 2.* cum lata
63 sententia super principali, extinctū dicatur Iudicis officium, adeò vt super accessorijs ampliùs iudicari non possit, ad *text. in l. terminato, vbi omnes C. de fruct. & lit. expens. l. fin. ff. de eo, quod certo loco, Neguſ. 4. memb. 2. par. num. 5. Barbos. in 3. par. rubr. solut. matrim. nu. 61. Scaccia de appell. quæst. 17. num. 21. & 45. Giurba decis. 65. nu. 17. Gamma decis. Lusit. 191. num. 1.* post *Couar. pract. cap. 21. num. 5. Valasc. consult. 8. num. 11. & Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de expens. resol. 1. & lib. 3. tit. de solut. resolut. 9. num. 21. & seq.* Vndè cum prædicti fructus non fuerint in casu nostro petiti, nec super eis intētata assistentia, vt stilus observat, nec super eis factum sequestrum, neque saltem ordinata annotatio, nullo modo posse hodie post sententiam peti dicebam, parum refragante, quod in sententia fuerat reseruata prouisio facienda super petita assistentia respectu fructuum, quia præterquam quod Iudex reseruare non poterat, vt post *Cin. & Innoc. in cap. finem litibus, de dolo, & contumac.* probat etiam *Bart. in d. l. terminato*, dicta tamen reseruatio debet intelligi, pro-
64 ùt ius intelligit *l. herennius, ff. de euict.* neque ideò censetur ad illos condēnatus, sed in eo, in quo condemnari debuit, *Crauetta consf. 74. nu. 9. & Rota Romana penès Ludouisium decis. 74. num. 8.* & ideò dùm ante sententiam non fuerunt petiti, nec intentata assistentia, nec factum sequestrum, parū releuabat reseruatio, quia lata sentētia, Iudicis officium mercenariū conquiescit.

65 Neq; iuuabant quicquam clausulæ in libello appositæ *ius, & iustitiam ministrari, & omni modo meliori*: quia vis harum clausularum non erit extendenda ad ea, quorum mentio nulla in libello facta est, vt refert post alios *Caualcan. in repertor. decis. in verbo libellus, num. 4. Brunor. à Sole in compend. in verbo clausula, fol. 35. à ter.* & latè *Rota penès Farinac. decis. 841. num. 3. lib. 1. in collect. nouiss. Gabr. lib. 6. tit. de clausul. concl. 4. num. 11. & 16. & Honded. consf. 24. n. 30. lib. 2.* Nec *Guid. Pap. decis. 405.* in contrarium allega-
66 tus multū iuuabat, quia non fundatur in clausula *ius, & iustitiam ministrari*, sed quia fructus veniebant de natura iudicij reiuendicationis, de quo ibi agebatur, & ideò allegat *tex. in d. l. ædiles, §. item sciendū, ff. de ædilitio edicto*, cum in illo iudicio veniant fructus post litē contestatam, vt notat etiam *Gloss. ibidem*.

67 Prętereà pro nostra opinione videtur optimè concludere *Afflict.* omninò videndus *in decis. 188.* vbi erat casus, quo fuerat præstita assistentia cū adiudicatione in forma, & fuerat etiā factum appretium; sed quia ab appretio fuerat reclamatum; prętendebat creditor fructus post litem contestatam, vel saltem post adiudicationem, & appretium perceptos, per *tex. in d. l. si fundus, §. in vendicatione, & §. interdum, ff. de pignor.* vt dicit ipse *num. 2.*

68 Sed replicabatur per conuentum, quod stante appellatione ab appretio, non erat in creditorem per adiudicationem translatum dominium, & propterea fructus interim spectabant ad ipsū possessorē, qui erat dominus, ex suprà dictis, & fuit ibi per S. C. decisū, quod quia pendente appellatione ab appretio, non fuerat translatum dominium in creditorem, fructus essent ipsius rei conuenti, nisi re-

uisores confirmassent primum appretium. Ergo si in casu fortiori fuit decisum per S. C. quod fructus percepti nedum post litem contestatam, sed etiam post sententiam; quinimò etiam post appretiũ pendente tamen illius reuisione, non spectabant ad creditorẽ, sed ad possessorem, qui erat dominus; quantò minus ad creditorẽ spectare poterunt fructus percepti ab emptore domino post litem contestatam, quæ in hoc iudicio malam fidem non inducit?

Et proindè benè dixit etiam *Dom. Reg. Sanfelic. d. decis.* 119. *nu.* 1. *& nu.* 7.
69 *in fine*, quod nunquam fuit per S.C. prolata sententia, & præstita assistẽtia super re, & super fructibus, nisi super illis fuisset petita, & factũ sequestrũ, & proindè benè sẽsisse *Episc. Riccium* arbitrabamur. Ex quibus omnibus omninò absoluendum ab huiusmodi fructuũ restitutione Sacrũ Hospitale Incurabilium possessorem, & dominum, & Antonium Siluestrũ Ferrarũ rum Authorem laudatũ dicebamus.

Hęc causa nõ fuit decisa, sed adhùc sub Iudice pendet. Attamen præter dictas decisiones *Affl. d. decis.* 188. *& Regentis Sanfeliciӳ d. decis.* 119. fuit ità
70 etiam decisum per S. C. referente Regio Consiliario Cæsare Alderisio Viro vndequaque doctissimo, in causa N. Hermosillæ, cum Scipione de Mauro, in Banca de Spera, qua fuit determinatum Scipionem de Mauro tertium possessorẽ non teneri ad fructus perceptos, salua tamẽ prouisione facięda respectu fructuũ annotatorũ.

SVMMARIVM.

1 *Interesse tertiarum omni iure licitum est.*

.. Quia non accessoriè, sed principalitèr tertiæ debentur, & occurritur Leotardo *contrarium sentienti.*

.. Sed fallit existente dolo creditoris in non exigendo tertias, vt interesse currat.

2 *Dolus non debet cuicumq; prodesse.*

3 *Interesse tertiarum licitè in contractu deduci potest.*

.. Dummodò non certum, & determinatum, vel liquidandum arbitrio creditoris, sed arbitrio Iudicis.

4 *Interesse tertiarum iure actionis debetur.*

.. Ità vt per simplicem tertiarum receptionem minimè præiudicetur.

5 *Interesse tertiarum eo vsque debetur, quousq; debentur tertiæ vti tertiæ.*

.. Secus rescisso contractu, quo casu debetur interesse ad eandem tamen rationem.

6 *Pacta rescissoria licitè apponi possunt in contractu redimibili, præcipuè in Regno, quo iure vtimur.*

7 *Contractus intelligitur rescissus à die petitionis, vel litis contestationis, secundum opinionẽ* Regentis Rouiti.

8 *Stilus pro lege seruandus est.*

9 *Census vt extinguatur, nõ sufficit simplex petitio, sed actus retrosimilis.*

10 *Emptio, & venditio non sola contrahentium voluntate perficitur, sed requiritur etiam pretiӳ solutio, nisi fuerit habita fides.*

.. Adeò vt neq; partis sufficiat.

.. Et ità etiam in constitutione census, quæ emptio est.

11 *Census in extinctione vltrà consensũ debet interuenire solidi solutio, seù restitutio pretiӳ.*

.. Imò & actus retrouenditionis.

12 *Pretiӳ restitutio non solùm in numerato fieri potest, sed in qualibet re extimata.*

13 *Creditoris petitio restitutionem pretiӳ non operatur, sed sententia, imò exequutio requiritur.*

14 *Litis contestatio potiùs dissensum, quã consensum inducit.*

15 *Præcepta solent fieri debitoribus compilato processu, vt soluãt tertias ante rescissionis sententiam.*

.. Quin imò etiam in ipsa sententia.

16 *Emere nemo cogitur inuitus.*

17 *Contractus census resolutus dici non potest, nisi per sententiam fuerit iudicatum.*

.. Vel

..Vel per effectualem pretij restitutionem.

18 *Census tunc demum cessare dicitur, quando in mera facultate creditoris est sortem rehabere.*

..*Non enim potest simul stare census, & sortem repetibilem esse.*

19 *Litis cōtestatio inter alios effectus operatur, vt reus in mora, & mala fide constituatur.*

20 *Sors tunc dicitur repetibilis ex mera facultate creditoris, quando ne dum sententia lata fuit, sed relaxatum etiam mandatum exequutiuum pro sorte creditori restituenda.*

..*Secus si pro illa deponenda ad finē prouidendi.*

21 Textus in l. Iulianus, §. offerri, de actionibus empti, à Dom. Rouito *allegatus ponderatur, & enucleatur.*

22 Dom. Regens Rouitus in pragm. 1. de censib. num. 38. *mutasse sententiam videtur.*

23 Gratiani *opinio* in cap. 301. num. 7. *non recipitur per Rotam.*

24 *Mandati exequutiui relaxatio neque sufficit ad extinctionem census, nisi procedatur ad realem sortis restitutionem, seu partis illius.*

..*Vel ad actum, æquipollentem, dationis scilicet insolutum, & similem.*

..*Secus si assignatio fiat pro maiori cauthela.*

25 *Mala fides ex litis contestatione proueniens, debet ipsi debitori moroso nocere, non creditori.*

ARGVMENTVM.

Interesse tertiarum omni iure esse licitum, illudq; earum tantùm, quæ vsq; ad contractus rescissionem decurrerunt deberi; contractum autem non à die litis contestatę, sed ad minus à die latæ sententiæ intelligi rescissum.

I. M. I.

DISPVTATIO LIX.

1 Nteresse annuorum introituum omni iure deberi, latè docuit *Dom. Præses de Franchis in decis. 254. numer. 9.* contra *Bolognet. in repetit. l. 1. vers. sed dubium non est, num. 123. C. de sent. quæ pro eo, quod interest,* quia debentur tertiæ, seù annui introitus principalitèr, & de per se, non autem accessoriè ad sortem, quæ repeti non potest, *Lanar. cons. 79. num. 6. Anna cons. 48. num. 17. & cons. 30. num. 6. Rodriq. de ann. reddit. lib. 3. quæst. 7. nu. 28. vers. secundo limita,* & ideò producunt fructus, seù interesse ex mora tamen, vt refert *Regens de Ponte cons. 64. num. 18. volum. 1, Rota Genuæ decis. 78. num. 16. Alex. Trentacinq. lib. 1. variar. tit. de interesse, cap. 1. num. 37. Felic. de societ. cap. 24. nu. 58. Milanens. decis. 8. nu. 352. lib. 1. Scaccia de commerc. & camb. §. 1. quæst. 7. par. 2. ampl. 8. num. 294. Hieron. Leo decis. 13. n. 10. & Criuell. decis. 103. nu. 5. & 11. Fontanell. dec. 205. nu. 5. et 7. Duaren. in tit. de vsur. cap. 1. circa finē, Castill. decis. 22. num. 26. & decis. 29. num. 6.* doctissimus *Faber in Cod. lib. 4. tit. de pactis inter empt. & vend. diffinit. 13. n. 15. & 16.* & optimè *Dom. Reg. Capycius Latro decis. 175. nu. 11.* & latiùs *decis. 192. à num. 45.* vbi hoc in Regno esse indubitatum asserit ex *decis. Domini Regentis Rouiti decis. 9. num. 1. & decis. 43. in princ.* qui limitat quotiescumq; adesset dolus creditoris in non exigendo annuos in-
2 troitus, ad hoc vt interesse pareret, quia tùnc non debet ei prodesse,

l.dolus 44. *ff.mandati*, argumento *l.iure ciuili*, *ff.de cond. & demonstr.* & hoc iure in Regno vtimur quicquid dicat in contrarium post hæc scripta nouitèr in lucem editus doctissimus *Leotard. de vsuris quæst.* 88.

Qui asserit non deberi huiusmodi terriarum interesse, ex quo tertiæ non debentur principalitèr, sed accessoriè, quàmuis non ad capitale, quod repeti non potest; ad illud tamen ius exigendi census quod emitur, & est diuersum, & distinctum ab ipsis censibus, seù annuis introitibus, ex *Cencio*, & alijs quos adducit.

Quoniam admisso ius census esse quid distinctum, & separatū ab ipsis censibus, & pensionibus, quæ præstari debent, negari tamen non potest, quin id, quod principalitèr debetur, sit ipse cēsus annuus, & sic annui introitus; absurdum enim esset dicere ius illud percipiēdi, & exigendi, deberi à debitore, qui nll aliud debet nisi illos annuos cēsus, seù introitus; Ideò incongruū videri non debet, ex istis annuis præstationibus non solutis deberi interesse damni, vel lucri; & hæc est differentiæ ratio, quare quādo debetur sors, illius vsuræ, siuè interesse, aliud interesse producere nō possunt, quia tùnc quod principalitèr debetur est sors, vsuræ verò, seù interesse debentur accessoriè ad ipsā sortē, à qua dependent; sed in casu de quo disputamus, sors non debetur; sed principalitèr debetur illa annuā præstatio censuum, non autem ius illos exigendi, & ideò illæ annuæ præstationes tamquam principalitèr debitæ possunt interesse damni, vel lucri causare.

Quod cōfirmatur ex doctrina eiusdem *Cencij quæst.* 45. *num.* 11. ab eodē *Leotardo* pro fundamento suæ intentionis ponderata, vbi dum dicit ius istud percipiendi censum esse quid distinctum ab ipso censu, distinguit ex sententia *Conrad. de contract. q.*72. *in* 1. *suppo sit. vers. dixi autem notantèr*, & *Patris Molinæ de contract. pat.* 2. *disput.* 383. *nu.* 3. quod duplex est census; alius formalis, scilicet ius istud percipiendi census, alter verò materialis, & est ipsemet census, seù annuus redditus, qui percipitur: dùm igitur venditur cēsus, non venit census materialis, sed formalis, nimirùm ius illud percipiēdi census: attamen in præstatione venit census materialis; nàm quod præstatur à debitore, non est census formalis, sed materialis: & iste principalitèr debetur, ideò non est inconueniēs, quod accessoriè ad huiusmodi censum materialem, qui est vti sors, & principalitèr debetur, dùm capitale est demortuum, & irrepetibile, debeatur interesse damni, vel lucri.

Prætereà vt obseruat idem *P. Molina loco supra citato*, ius hoc percipiēdi census aliud non est, nisi respectus quidam rationis in eo, cui census, seù redditus debetur. Porrò eiusmodi iuri, tamquam correlatiuum respondet debitum, & obligatio: Ius enim est ad aliquod, quod aliquo modo eo iure debetur; ex parte igitur eius, qui illud debet, respondet obligatio, & debitum: Igitur huiusmodi ius non potest considerari nisi in creditore; in debitore verò obligatio, & debitum, vt dicebamus; At id quod à debitore principalitèr debetur, non est nisi illa annua præstatio, ergo non est absurdum accessoriè ad illam deberi interesse damni, vel lucri; Nec benè assumitur, in casu nostro, annuam illam præstationem accessoriam esse ad ius illas percipiendi; & consequentèr censum materialem accessorium esse ad formalem, nàm potiùs sunt correlatiua: respectu enim creditoris considerari potest ius percipiendi, quod est census formalis, respectu verò debitoris, cōsiderari tantùm poterit illa annua præstatio, quæ est census materialis, qui principalitèr debetur, non accessoriè, sed correspectiuè ad ius illud

perci-

percipiendi census in creditore; & proindè ille census materialis, siuè annua præstatio, apta est producere interesse damni, vel lucri, cum principalitèr debeatur, & ità vt diximus quotidiè practicatur in Regno, cum quælibet Regio suo sensu abundet.

Quod adeò verum est, vt hoc in-
3 teresse tertiarum licitè deduci possit in contractu, dummodò non deducatur ab initio certum, & determinatū, aut remissum in arbitrium creditoris, tunc enim esset illicitum, vt latè per *Felician. de censib. cap.9. num.* 14. *Scaccia de commerc. & camb. §.1. quæst.7. par.2.ampl.8.num.296.ad finem, vers. quo supposito*, secus si indeterminatū, vel taxandum Iudicis decreto, idem *Scaccia num.294.*& post *Azor. cap.13. quæst.1.* latè *Cenc. de censib. quæst.57. num.7.& 8. & per totum*, & dixit *Rota Romana* penès *eundem Cencium in decis. 147. num.15. & 20. Leonell. ad Bullam Pij V. glos.15.in fine, P. Molses. de contract.cap.6.num.100. Quard. de cens.§.4.q.23.nu.11.*& *Scortia in select. Sum. Pontif. theorem. 169.* Quo casu in tantum debetur huiusmodi inte-
4 resse, vt iure actionis, non Iudicis officio debeatur, ità vt per simplicem sortis receptionem, & annuorum introituum, etiam absq; protestatione, non inferatur præiudicium in petitione huiusmodi interesse, vt refert *Dom.Reg.Rouit.in decis.9,nu.10.& 38.* conferunt tradita per *Dom.de Franch. in decis.21.num.6.* refert, & declarat *Surd. decis. 345. num.11. & Gratian. cap.33.num.13.& Antonin.Amat.var. resol.43.num.75.& seq.*& faciunt etiā tradita per *Gencium de censib. quæst. 119. num.17.cum seqq.*

5 Huiusmodi autem interesse tertiarum, eo vsque debetur, quousque debentur tertiæ vti tertiæ, vel census vti census, & consequentèr integro adhuc manente contractu censuali, illo autem rescisso (proùt ex multis causis rescindi posse asserit *Dom.Reg.Rouit. in pragm.1. de censib. num.35.* puta ob non solutionem tertiarum tempore debitò, vel in casu assertionis non veræ, vel alienationis
6 corporis, vel similibus, & valida esse huiusmodi pacta rescissoria, docet præcipuè in hoc Regno, ex traditis per *Parid. de Puteo de reintegrat. feud. cap. incip. sequitur num. 33. & 34. & Gratian. cap.158. num.20. & cap.301. nu.5.& 6.)* illo autem, inquā, rescisso ità vt ampliùs non debeātur tertię vti tertiæ, sed debeatur interesse ad eandem rationem census, vt refert idem *Reg. Rouit. in d.prag.1.num.28.& Reg. Sanfelic.decis.123.nu.5.* Eo casu illud interesse q̄ decurrit à die rescissionis, non causat aliud interesse, ea ratione, quia cum rescisso iàm contractu, nō debeatur ampliùs census vti census, sed interesse, licet ad eandem rationem, tùnc interesse illud, pareret aliud interesse, quod esset illicitum, vt post *de Franch. d.decis.254. Lanar. d.cons.79.& de Ponte in cons.64. n.18. lib.1.* declarat optimè idem *Reg. Rouit. in d. pragmat.1.de censib. num.39.* & hoc iure passim vtimur.

Hinc in causa hæredum Christophori Spinolæ cum Marchione Postilionis, alijsq; litis consortibus, insurrexit disputandus articulus, à quo nimirùm die intelligi deberet censualis contractus rescissus? nùm à die petitionis, vel litis cōtestationis, nùm verò à die sententiæ rescissionis, vel eius exequutionis? Et pro parte Marchionis allegabatur doctrina eiusdē *Regentis Rouiti in d.pragmat.1. nu.38.*
7 vbi docet, quod si emptor census petat contractus rescissionem in iudicio, statim desinit esse census, adeò vt nō currat ampliùs census, vti census, sed vti interesse, per *text. in l.Iulianus, §.offerri, ff.de action. empti*, ad quod probandum allegat *Simon.de Prætis cons.10.cent.3. Gozadin.cons.1. num.1.1.& cons.31.& Boccacc.de contract.& societ.offic.num.140.*& plures vidisse S. C. decisiones, præcipuè in processibus antiquis affirmat, in qui-

bus

bus rescisso contractu, condemnatur venditor census ad capitale, & tertias decursas vsque ad diem litis motæ, vel contestatæ; & ideò sic practicari etiam passim dicebatur ex stilo
8 S. C. qui est pro lege seruandus, secundum *Bald.& Cin. in l.fin. C.quæ sit longa consuetudo*, & refert *Dom.de Franchis in decis.238.nu.3.& decis.470. num.4.Afflict.in prælud. Constit.Regni num.9. Cauens. in Ritu M.C.num.8. Episc.Riccius collect.decis.1206.& Reg. Capyc.Latro decis.30.nu.19.cumseqq.*

Attamen dùm partes hæredum Christophari Spinolæ tuebar, contrarium esse affirmabam, & necessariam saltem esse sententiam rescissionis contractus, imò exequutionem ad finem vt census dici possit extinctus ex multis.

Etenim ad hoc vt census extinguatur, non sufficit simplex voluntas,
9 & consensus alterius contrahentis, sed requiritur actus priori similis, vt post *Gloss.in l.ab emptione*, & ibi *Bart.* cæterosq; communitèr *C.de pactis, et l.1.C.quando lic.ab empt.disced.* tradit *Surd.in cons.52.num.14.lib.1.& cons.179.num.28.lib.2.Ozasch. decis.Pedemont.25.nu.5.Rota Romana penès Seraphin. decis.890. num.1.par.1. Cenc. quæst.103.num.15.Rota Romana penès Ludouis.decis.156.* vbi latè *Beltramin.* optimè *Reg. Capycius Latro decis.16. num.23.* & latiùs *decis. 188.num. 43. & seq.* vbi alios citat, & benè etiam in *decis.192.num.65.cumseqq.*

10 Et ideò dùm in constitutione census, vltrà consensum contrahentium interuenit pretium, quia emptio, & vēditio est, *l.si pater 8. C.de act.empti,* imò neque sufficiat pars pretij, *l. cum fundus 31. §.seruum, vers.sed adijcere, ff.si certum petatur,* ità etiam debet
11 interuenire in illius extinctione, imò necessaria videtur vera, realis, & effectualis pretij restitutio, vt per *Verall. decis.103.* nec nō etiam census retrouenditio, vt latè per *Cenciū d.q.103. nu.14.* vbi innumeras *Rotæ decisiones* allegat: vel saltem debet constare de vtriusque partis consensu, quod velint censum extinguere per restitutionem sortis, etiam alitèr quam per scripturam retrouenditionis, secundum *Rotæ decisionem in vna Romana census coràm Domino Littæ* impressa post *Cencium decis.273.*

Quoniam cùm sit prioris contractus resolutio, eadem, & simultanea volantas debet interuenire, quæ in ipso contractus constitutione interuenit, cum pretij restitutione, proùt in cōstitutione pretium adfuit, *§.pretium, Instit.de empt.& vendit. l.2.§.1. & 2.& l.pacta conuenta, ff.eodem,* facit etiam alia *Rota decis.272.* penès eundem *Cenc.* & in *decis.274. num.2. Seraph.d.decis.890.& Reg.Capyc.Latrò d.decis.16.num.24.*

Quàmuis idem *Cencius* teneat non esse necessariā veram, & realē pecu-
12 niç numerationē, sed sufficere adesse pretij restitutionem, quę potest fieri non solùm in pecunia numerata, sed etiam in qualibet specie extimata, *l.pretij*, & ibi *Gloss.C.de rescind. vend.* vt latè ipsemet refert *quæst.108.n.1. & seqq.*

Igitur cum sola petitio creditoris instantis pro rescissione contractus,
13 hanc pretij restitutionem minimè operetur, sed requiratur sententia rescissoria, quinimò exequutio, vt pretium haberi possit, sequitur vt sola petitio, census extinctionem non inducat.

Quinimò nedum deficere vera, & & realis pretij restitutio, sed neque adesse videtur volūtas debitoris prona ad pretium restituendum, cùm expressè contradicat, dùm litigium prosequitur, ac propterea cum deficiat vnius consensus, & pretij restitutio, nullo modo dici poterit census extinctus.

Neque effectus huiusmodi ex litis contestatione sequitur: litis enim contestatio nil aliud efficit, nisi demonstrare, quod actor vult iudi-

14 cium

14 cium prosequi, insistendo super rescissione, reus autẽ insistit super contradictione, negando narrata, vt narrantur esse vera, vt latè per *Marant. in suo spec. par. 6. in 10. & vlt. memb. num. 4. & 5.* vbi *Foller. in addit.* Et ideò ex litis contestatione deficere videtur ne dùm pretij restitutio, sed etiam consensus, & propterea nullo modo poterit operari census extinctionem.

Præterea quotidiè practicamus in S.C. quod post conclusum in causa fiunt præcepta debitori, quod soluat
15 tertias decursas, aliàs prouidebitur super rescissione contractus, vt testatur idem *Dom. Reg. Capyc. Latro d. decis. 30. num. 17. cum seqq.* ergo necessariò dicendum est per libelli oblationem, & litis contestationem non dici contractum rescissum; nàm post rescissionem non possunt solui tertię, sed interesse, ad eandẽ tamen rationem: Imò in eisdem præceptis dicitur, quod aliàs prouidebitur super rescissione, ergo si adhùc pẽdet prouisio, non potest dici contractus rescissus, sed requiritur sententia super rescissione.

Quinimò etiam post sententiam, siuè in ipsa sententia datur dilatio ad soluendum, & purgandam moram, ergo nõ potest dici census extinctus per libelli oblationem, & litis contestationem, quia aliàs admitteretur moræ purgatio post rescissionẽ, contra iuris regulas cum de priuatione ad habitum non detur regressus, vel esset nouus contractus tacito consen-
16 su contrahentium initus, & cogeretur creditor iterum emere censum cõtra regulam *l. dudum, C. de contrah. empt.* quo nihil absurdiùs, & ideò
17 non poterit dici resolutus contractus, nisi per sententiam fuerit iudicatum, *l. post diem, cum Gloss. ff. de leg. commiss. cap. non præstat, de regul. iur. in sexto, Polydor. Ripa obseru. 15. nu. 4.* & refert *Giurba decis. 55. num. 10.* vel per effectualem pretij restitutionem, vt in dictis *decis. Rotæ* post *Cencium decis. 272. 273. & 274.* & optimè etiã *Muta decis. 98.*

Attamen vt magis in specie doctrinæ *Regentis Rouiti* obuiaremus, animaduertendum dicebamus, illam non alio inniti fundamento, nisi illi communi, & generali Doctorum regulę, tũc demum cessare fructus cen-
18 sus, quando in mera facultate domini census, siuè creditoris est, habere sortem principalem; non enim possunt simul stare, quod census duret, & quod possit emptor suo arbitrio sortem repetere, & illam ad sui libitum habere, vt dixit *Rota Romana corãm Mãzanedo* relata per *Cencium in decis. 182. num. 4.* & in *alia Romana anterioritatis coràm Iusto decis. 290. num. 2.* & in *alia decis. 106. num. 3.* penès eundem *Cencium*; Ideò cum ex petitione rescissionis, & litis contestatione videatur aliquo modo esse in potestate creditoris habere sortem ex casibus rescissorijs, putà non solutionis tertiarum, vel alienationis corporis, vel similium, sequi videtur, quod ab illo die dicatur contractus rescissus, & census nõ debeatur ampliùs vti census, sed vti interesse, quod etiam voluisse videtur *Gratian. cap. 301. num. 7.* vbi eandem generalem regulam amplectitur, & ideò videtur ad hoc allegatus à *Dom. Rouito in d. pragm. 1. num. 38.*

Quibus etiam addi posse existimabam, quod inter alios effectus litis contestationis, ille est præcipuus, vt
19 reum, seù debitorẽ in mala fide constituat, & in mora, *l. fructus, & l. mora, C. de reiuend.* et tradit *Maranta vbi supra num. 15.* & propterea ex mala fide, in qua debitor fuit constitutus, videtur contractus habitus pro rescisso, & propterea ab illo die non debeant dici tertiæ currere, vti tertiæ siue census, sed vti interesse ad eandẽ tamen rationem.

Nihilominus licet regula illa generalis verissima sit, & canonizata per

per Rotam; illam tamen intellexerunt, tùnc demum dici esse in mera facultate creditoris rehabendi sortem, quando nedum fuit lis conte-
20 stata, & lata sententia, sed relaxatum mandatum exequutiuum tàm pro censibus, quàm pro sorte principali, vt habetur in prędictis *decis.106. num.3. decis.290. num.1.* penès *Cencium*, & clariùs in alia *decis. in vna Bononiens. census coràm Lancellotto*, relata per eundem *Cencium dec.248. num.3.* vbi meliùs explicat, hoc intelligi quando mandatum fuit relaxatum pro sorte principali soluenda ipsi emptori, secus si pro illa deponenda ad finem prouidendi, quia tunc neque dicetur esse in mera facultate creditoris illam consequi, ac propterea censum non esse extinctũ; affirmat, & in his terminis loquitur *Gratian.d.cap.301.nu.7.à D.Rouito* allegatus; cum regulam illã exemplificat non in simplici libelli oblatione, vel litis contestatione, sed in mandato exequutiuo iàm obtempto pro sorte principali, & fundat suam opinionem in *decis. Rotæ in vna Romana cẽsus corã Pamphilio sub 29. Nouembris 1593.* relata per *Cenc. in decis.283.*& per *Pacific. de saluiano interd.dec.212.*

Vndè cum eo tantùm casu videatur esse in mera facultate creditoris habere sortem, quando fuit expeditum mandatum exequutiuum; quis vnquã affirmare poterit, contractũ dici rescissum, & censũ extinctũ statim à die petitionis, vel litis cõtestationis?
21 Quinimò *textus in l. Iulianus 13. §. offerri, ff. de action. empti*, potiùs videtur nostram quam *Dom.Rouiti* sententiam comprobare, dicit enim *Vlpianus* ibi, *offerri pretium ab emptore, debet, cum ex empto agitur, & ideò si pretij partem offerat, non dùm est ex empto actio. Venditor enim quasi pignus retineri potest eam rem, quam vendidit.* Si igitur *Vlpianus* tunc dari actionem ex empto, asserit, si emptor totam nedum partem pretij offerat, quomodo poterit ex hoc argumentari per libelli oblationem, & litis cõtestationem, intelligi contractum rescissum, non soluto, imò nec oblato pretio per debitorem.

Et propterea ex hoc non insulsè
22 dicendum arbitrabar, *Dom.Rouitum* mutasse sententiam; quia licet anteà hanc tenuerit opinionem, fundatam super authoritate *Simon. de Prætis, & Gozzadini*, qui nihil ad hoc applicabile, vt mihi videtur, asseuerant, sicut neque *text. in d.l.Iulianus, §. offerri, ff. de action. empti*, tamen cum deindè hæc doctissima Commentaria Typis secundo mandauerit in additionibus ad hunc locũ, addidit *decis. Rotæ 206.* penès *Farinac. Gratian. d. cap.301.n.7. & Marescott. var. resol. lib.2. cap.61. in 2. casu.* Vndè cum præfati Doctores per eum nouitèr allegati, alitèr teneant; recessisse à primæua opinione dicendum est, quia illius dictum debet intelligi secundũ Doctores quos allegat, & consequẽtèr post expeditũ mandatum exequutiuum pro sorte.

Quinimò neque huiusmodi *Gratiani* opinionem procedere, neque
23 sequendam, pronunciauit pluries eadem *Rota Romana*, vt habetur explicitè in *vna Romana Fabriani interdicti coràm Litta die 23. Iunij 1600.* relata per eundem *Cencium in decis. 272.* vbi neq; sufficere dixerunt Do-
24 mini, relaxationem mandati exequutiui pro sorte principali ad extinctionem census, sed oportere, vt procedatur ad actualem, & realem sortis restitutionem, seù partis illius, quæ omninò necessaria iudicatur ad census dissolutionem, & ideò recedendum dixerunt à prędicta *decis. coràm Pamphilio*, quã declararũt habere locum, quia fuerat processũ ad restitutionem partis, vt habetur in *d. decis. 272.* & iterum in *alia Romana anterioritatis coràm Iusto d. decis. 290.* & & ità expressè sentit, sic declarans *Marescott. in d. cap. 61. lib.1.* per eundem *Dom.Rouitum* allegatus, & benè agit,

agit,& defendit *Muta d. decis.98. per totum*,& *Rota Romana diuersor. nouiss. decis.*278. omninò videnda, & sequitur latè idē *Cenc.de censib. quæst.*107. *per totam,& num.*24.vbi *num.*11. tenet hoc procedere, si fuerit deuentū ad aliquem actum restitutionis sortis æquipollentem, putà per dationem insolutum factam iudiciario nomine, vt per *Seraphin. decis.*1333.*par.*2. vel per assignamēta facta pro census extinctione, dummodò tamē ex eis emptor cum effectu integrā satisfactionem fuerit consequutus, & habetur per *Rotam d. decis.*106. *&* 247. secus si fuisset facta assignatio pro maiori ipsius cauthela, & securitate, vt post *Afflict.in decis.*397.*num.*5. latè idem *Cencium vbi supra num.*16.*&* 17. vbi alias decisiones, & declarationes adducit. Et quāuis idem *Cenc. num.*23. videatur tenere, quod sufficiat relaxatio mandati, ad hoc vt census non ampliùs debeatur vti census,licet data mora debitoris, debeatur interesse, non census per *decis.Rotæ* 229. *in fine*, tamen quidquid sit de hoc cum aliter fuerit resolutum per *Rotam in d.decis.*272.*&* 290. certum est non sufficere simplicem libelli oblationem, neque litis contestationem, sed ad minus esse necessariam sententiam, vel mandati relaxationem.

Neque officit mala fides ex litis contestatione proueniens, quia illa procedit in odium debitoris, & rei,
25 qui cum viderit malam fouere causam liti non cesserit, vt loquuntur præcitati *Doctores*, sed non poterit procedere in damnum, & perniciem creditoris, proùt in casu occurrēti,in quo, si hoc admittebatur debitor ex eius mora,& mala fide in protelando litem, lucrum,nō damnū esset consequuturus; nàm creditori nō currerēt ampliùs tertię vti tertię à die litis cōtestatę,& ideò nō deberetur illarum interesse, & nihilominus pretiū capitale recuperari effectualiter non posset absque sententia,& exequutione, quæ dolo debitoris in longum dilataretur tempus, & ideò ex eius culpa lucrum sentiret contra omnes iuris regulas.

Et ità fuisse seruatū antiquitus,testatur idem *Dom.Rouit. vbi supra*,imò nonnullę adducebātur sentētiæ eiusdem S.C. condemnantes ad tertias decursas vsque ad sententiam, vt legitur in exemplo producto in causa Nicolai Grimaldi contra Principem Squillacij in anno 1610. referente Regio Consiliario Fabio Riccardo, in Banca de Felice, in hoc processu fol.373.& ideò dicebā non posse fieri fundamentum in stylo Sacri Consilij, dùm diuersimodè fuerat iudicatum.

Die primo Iulij 1631.

Facta relatione in S. C. per Regiū Consiliarium Andream Prouenzanum doctrina, & morum grauitate refertū, fuit decisum deberi interesse tertiarum decursarum, vsque ad diem litis contestatæ, & vt mihi ipsemet retulit decisio processit ex stylo, & consuetudine ità iudicandi introducta, cui tamen nunquam acquiescere potui ex prædictis.

SVMMARIVM.

1 *Inuentarium legitimè confectum operatur,vt actiones hæredi competentes minimè confundantur.*
.. Imò efficit vt hæreditas dicatur iacens, ac si hæres non adiuisset.

2 *Inuentarium ad hoc solùm fuit à Iustiniano inuentum, nè hæres sit in damno.*
.. Ideòq; confusionem actionum admittit cessante damno.

3 *Separatio non conceditur nisi ad instantiam creditorum defuncti, non autem hæredis.*
.. Adeò vt neque ipse hæres illam petere valeat.

4 *Inuentarium separationem operatur, & est loco tituli de separationibus.*

5 *Inuentarij beneficium parum iuuat, quotiescumque hæreditas est opulēta.*
.. Quia quatenùs est in hæreditate compen-

compensatur cum credito.
6 *Hæres quàmuis cum inuentario hæreditatem opulentā adeat, non ideò minus hæres erit, ac si simpliciter adiuisset.*
.. Imò magis verè, & creditoribus, & legatarijs magis obnoxius.
7 *Hæres & si cum beneficio inuentarij non potest facto defuncti contrauenire.*
.. Pro ea tamen quantitate, quæ ad illum ex hæreditate peruenit.
8 *Hæres sine beneficio legis tenetur ratū habere factū defuncti pro quota hæreditatis, etiam si bona hæreditaria non suppetant.*
.. Quia præsumit tunc lex hæreditatem esse locupletem.
9 Decisio Grammatici 93. *reijcitur.*
10 *Iura, & actiones hæredi competentes, confusæ dicuntur, pro ea tamen portione, quam ex hæreditate percipit hæres, etiam cum beneficio inuētarij.*
11 *Damnum pati non dicitur, qui ex hæreditate tantundem, & plus percipit.*
12 *Hæres etiam cum beneficio inuentarij opulentam hæreditatem adiens, neq; personales actiones, neque hypothecarias, imò nec reiuendicationes exercere poterit.*
.. Dùm ex hæreditate tantundem habet.
13 *Actio pro auito fideicōmisso filio competens, per paternæ hæreditatis opulentæ aditionem confunditur.*
14 *Doctrina* Ant. Fabri in Cod. lib. 2. tit. 4. diffin. 14. *expenditur.*
15 *Hæredis actio, etiam cum beneficio inuentarij adeuntis, confunditur, quatenùs bona hæreditaria sufficiunt.*
.. Quia inuētarium solùm operatur, nè teneatur vltra vires.
16 *Hæreditas paterna, & materna per filium adita, efficitur vnicū ipsius patrimonium, & quoad hæredes filij nō consideratur ampliùs vti paterna, & materna.*
17 *Bona filij æqualitèr sunt diuidenda inter auum paternum, & maternū, nulla facta distinctione bonorum, à quo peruenerunt.*
18 *Inuentarium efficere, ac si hæreditas non sit adita, procedit per iuris fictionem, non secundum veritatem.*
19 *Hæres cum inuentario transfert dominium in emptorem bonorum hæreditariorum absq; onere hypothecæ.*
20 *Fictio inducitur ex æquitate, nè hæres sit in damno, vnde illa cessante, hæres cum inuentario verè dicitur hæres.*
21 *Paragium, quod sorori debetur super feudo confunditur, si hæres eius extitit, quàmuis cum inuentario.*
.. Si plus iuris consequitur ex feudo, quam sit dos de paragio.
22 *Ius succedendi in feudo, non potest simul in persona filiæ consistere, & ius petendi dotem de paragio.*

ARGVMENTVM.

Inuentarij beneficium parum iuuaminis hæredi, opulentam hæreditatem adeunti afferre, quin iura, & actiones, etiā hypothecariæ non confundantur, quatenùs tamèn vires hæreditatis sufficiunt.

I. M. I.

DISPVTATIO LX.


INter alia commoda, quæ ex Iustiniani beneficio cōsequitur hæres, qui cum beneficio legis, & inuentarij sollemnitèr confecti hæreditatem adit, illud
1 est potissimùm, vt actiones hæredi competentes contra defunctum, non confundantur, sed illæsæ, & intactæ remaneant, vt habetur in *l. fin. §. in computatione, C. de iure delib.* notat *Glos. ibidem in verbo confundantur* cæteriq; *Doctores*, & in *l. debitori suo*, vbi *Bald. Ias. Dec. & alij, C. de pactis*, dicentes commu-

communitèr, hæreditatē aditam cum beneficio inuentarij teneri hæredi, nec per aditionem effici vnicum patrimonium confusum, sed de per se considerari hęreditatem, & de per se hæredem: ex quo inferunt *Doctores*, quod inuentarium constituit hæredē in eo statu, ac si hæreditatē non adiuisset, ac operari idem, ac si hæreditas esset iacens: & propterea sicut hæreditas iacens tenetur hæredi, *l.vt debitum, C.de hæredit.action.* ità etiam hæreditas adita cum beneficio inuētarij, vt post *Bald. Iason. Cassan. Purpurat. Porcellin. Duen. in reg. 18. lim. 2.* tradit optimè *Rolan. de inuent. confect. in 10. vtilit. tom. 8. par. 2 tract. num. 2. & fin.* vbi ex hoc cessare fatetur repugnantiam, nequis sibi ipsi obligetur, de qua in *l.Vranius, ff. de fideiuss.* nàm nō hæres, sed hæreditas erit hæredi obligata.

Nihilominùs non semper inuentarium hæc omnia operatur, nō enim est herba Bettonica, (vt verbis *Doctorum* vtar) ità vt omnia firmet, omnia cōsolidet; fuit namq; solummodò à Iustiniano inuentum, ne hæres sit in damno, ad *text. in d.l. fin. §. & si præfatam*, vbi *omnes C. de iure deliber.* ideòq; actiones minimè præseruat, nisi eo casu, quo hæredis intersit actiones non confundi, ex eo quia vel verè, vel de facili accidere possit, quod hæres sit in damno, si actiones confunderentur, & consequētèr quandò hæreditas à creditoribus, & legatarijs exhaurirerur.

De hoc igitur articulo longè fuit disputatum in S. C. & coràm Regio Consiliario Io. Bastista Apicella in diuisione hæreditatis quondam D. Onuphrij Cosso Ducis Sanctæ Agatæ inter D. Ioannam Cosso neptem, & hæredem Vniuersalem in feudalibus, & pro tertia parte in burgensaticis, & D. Lucretiam Cosso amitam, & similitèr hæredem pro alia tertia parte in allodialibus, de cuius successione latè egimus *lib. 1. disputat. 1. cum pluribus sequentibus.*

In hac igitur diuisione duo potissimùm opponebantur pro parte D. Lucretiæ, quorum alterum ab altero dependentiam habere videbatur.

Primum, quod cum in hæreditate præfati Ducis D. Onuphrij aderant diuersa patrimonia, paternum nimirùm, maternum, & ziernum, & in illis nonnulla onera: prætendebat D. Lucretia separationis beneficio, prædictas omnes hæreditates, & patrimonia, licet in vnum, eundemque hæredem D. Onuphrium obuenta, diuidere, & onera vnius ab eodem deducere; non obstante quod per illarum hæreditatum aditionem vnicum ipsius Ducis, cui succedebatur, patrimoniū essent effecta, ità vt onera paterna à patris hæreditate, materna verò, & zierna, à matris, & patrui successione deduci deberent.

Finis autem huius prætentionis in eo consistere videbatur: nàm cum in hæreditate paterna, prętęr Ciuitatem Sanctæ Agatæ cuius valor magnam hæreditatis partē absorbere videbatur, aderant etiā quædam bona allodialia; ac etiā nonnulla onera, quorum contributionē spectare certum erat tàm ad bona feudalia, quàm ad allodialia pro rata bonorum, videbatur minor pars onerum ipsi D. Lucretiæ competere, quæ pro tertia parte tantùm bonorum burgensaticorum tenebatur; maior autem ad D. Ioannam pertinere vti hæredem vniuersalem in feudalibus, & pro alia tertia parte in burgensaticis. Cætera verò patrimonia maternū scilicet, & ziernum, in quibus non aderant bona feudalia, minoribus etiam oneribus reperiebātur obnoxia, ideòq; minorem quoq; contributionem subijcere tenebatur: & propterea totis viribus huiusmodi separationem faciendam esse contendebat, ne vna hæreditas alterius obrueretur oneribus.

Hanc autem separationem cùm alitèr obtinere nequiret: separatio enim

3 enim non datur, nisi ad instantiā creditorum defuncti, non autē hæredis, cum fuerit hoc separationis beneficium inuentum, ne defuncti creditores damno afficerentur per hæredem, qui illius bona obligasset, *l.1. §. ex contrario, & §. atqui,* iuncto *§. quæsitū, & l. fin. ff. de separat. & l. 1. & 2. C. de bon. auth. Iudic. possid.* refert *Conf. de Georgio in alleg. 18. num. 1.* ità vt nec ipse hæres separationem petere valeat secundùm *Dom. de Franch. in decis. 246. num. 9.* ex alio illam assequi nitebatur, ex beneficio nimirùm in-
4 uentarij: quod separationem operatur ex dictis per *Bald. in l. 1. §. in computatione, num. 3. C. de iure delibcr.* & esse loco tituli de separationibus, dixit post alios *Monticul. de inuentario cap. 9. num. 170. & Phanuc. eodem tract. par. 7. num. 266.* Et propterea cùm certū esset in facto Ducem D. Onuphrium fuisse hęredem patris, ac matris, illorumq; hæreditatē adiuisse cū beneficio legis, & inuētarij sollemnitèr confecti, necessariò dicebat illas hęreditates per aditionē nō fuisse cōfusas, sed separatas existere, & onera vnius ex alterius substantia non esse persoluenda ex inuentarij prærogatiua; quo iura, & actiones illęsa conseruantur, nec aditione confunduntur, ac si hæreditas non esset adita, vt tradit latè post alios *Roland. de confect. inuent. d. vtilit. 10. tom. 8. par. 2. tract. num. 2.*

Secundum, quod ab eadem D. Lucretia opponebatur, ab huiusmodi etiam resolutione videbatur dependere: dicebat enim D. Lucreiia à die mortis Ducissæ matris sibi competijsse paragium in illis bonis, ideòq; Ducem D. Onuphrium fratrem, vti matris hæredem vniuersalem, sibi in eo paragio debitorem extitisse; mortuo igitur eo ab intestato, & absque filijs illius hæreditas prædicto oneri obnoxia remanserat, ac propterea licet ipsamet D. Lucretia fuerat eius hæres pro tertia parte allodialium, nō tamen creditum hoc paragij per eius aditionem confusum dici poterat, quia inuētarij beneficio per eammet confecto, illęsum, & separatum permanserat, & consequentèr ante omnia huiusmodi paragium sibi super bonis maternis vti æs alienum debitū, esse deducendū ab hęreditate D. Onuphrij contendebat, reliquum deindè hæreditatis pro rata diuidendū inter ipsasmet cohęredes. Ideòq; totis viribus maternam hæreditatem locupletem, & opulentam reddere conabatur, cui paternam etiam hęreditatem in maxima summa debitricem esse affirmabat.

Verùm enim verò, hæc omnia licet prima facie probabilem quandā rationem continere viderentur, re tamen diligentiùs perpensa, & considerata, nullo modo in casu de quo agebatur, procedere posse, existimabam.

Quoniam, vt superiùs diximus, licet inuētarij beneficio iura, & actiones contra hæreditatem competentes, intacta, & illęsa conseruentur, tamen procedit, ne hæres damnum aliquod patiatur, & hæreditas à creditoribus, & legatarijs exhauriatur: & propterea nonnulli considerātur casus, in quibus inuentarij beneficium parùm iuuat. Et in primis vt ad nostram de qua agebamus disputationem perstringeremus: quotiescun-
5 que hæreditas est opulenta; putà quia hęres tantundem, vel plus, vt in casu nostro, perciperet ex hæreditate, quam occasione sui crediti, vel iurium, & actionum consequi, vel percipere posset; eo enim casu, inuentarij beneficium ad nihilum deseruit, nec iurium confusionem impedit, neq; separationem inducit: quoniam hæres, quatenùs est in hæreditate, nō obstante inuentario tenebitur, ac si illum nō confecisset, nec poterit aliquid, occasione sui crediti super hæreditate prætendere, quia tantundem ex ea percipit; & multò minus aliquod

quod

quod prætendere poterit hæres hæredis, vt in casu præsenti.

Confirmabam hoc ineuitabilitèr,
6 quia hæres, etsi cum beneficio legis, & inuentarij hæreditatē opulentam adeat, non ideò minus hæres erit, ac si simplicitèr adiuisset, imò magis verè hæres erit, & creditoribus, & legatarijs magis obnoxius, vt habetur in *d.l.fin.§.in computatione*, vbi *Fulgos. sub num. 5. col. 3. in princ. verſ. & hic est casus*, affirmans, nihil conferre hæredi beneficium inuentarij, quando hæreditas est soluēdo, quia repelletur pro ea parte, pro qua est hæres, notat optimè *Anton. Fab.* in suo famoso *Codice lib. 6. tit. 11 d. iure delib. diffin. 6. nu 11.* & idem *lib. 7. tit. 32. de b. n. auth. Iudic. possid. diffin. 10. in princ.* & latè tradit *Tiraquell. in tract. mortis causa saisit, par. 2. declar. 11. & Phanuc. de inuent. par. 5. § explicitis. à num. 1. vsque ad 8.* quia, hoc solùm fauoris continet, ne hæres sit in damno, & non teneatur vltra vires hæreditatis; damno igitur cessante, nihil operari dixit, nonnullos adducens idem *Phanuc. in 6 par. verſ hactenus, num. 2.* & optimè *Dom. de Franch. in d. dec. 83. num. 2. & per tot.* Ideò explosa fuit, & ab omnibus reiecta illorum opinio, dicentium hæ-
7 reditatem cum beneficio inuentarij adeuntem, posse facto defuncti contrauenire; quorum errorem damnauit *Pinell. de communi in l. 1. par. 3. post num. 81. in 7. ampliat. verſ. notabis, C. de bon. matern.* Nàm hæres etsi cum beneficio inuentarij verè est hæres, vt diximus, & non potest facto defuncti contrauenire: cum illa tamen distin-
8 ctione, nàm sicut absq; inuentario tenetur habere ratum pro quota hæreditatis, pro qua est hæres, etiam si bona hæreditaria non sufficerēt, & tantundem ex hæreditate ad eum non peruenerit, ex eo quia non confecto inuentario, præsumit lex hæreditatem locupletem, *§. sancimus, auth. de hæred. & falcid.* Ità confecto inuentario, tenebitur approbare factum defuncti non pro quota hęreditatis, in qua hæres scriptus est, sed pro ea tantùm quantitate, quæ ad illum ex hæreditate peruenit, sequitur *Dom. de Franch. in d decis. 83. num 4.* vbi vna
9 cum *Pinello* inuehitur contra *Grammaticum* contrarium tenentem in *decis. 93.* quam minimè fuisse decisionem Sacr. Conf. firmitèr asseuerat, & tenet idem *de Franch. in decis. 153. nu. 16. Molin. de Hispan. primog. lib. 4. cap. 1. num. 24. Petra de fideicom. q. 14. num. 317. Valasc. consult. 69. num. 12. & 13. Barz. decis. Bonon. 42. num. 2. & Afflict.* qui hanc opinionnm communem, & indubitatam dixit in *cap. 1. an agnat. num. 3. & cap. 1. §. hoc quoque, de de success. feud. nu. 22. & 74.* & optimè tradit, & sic decisum refert *Fontanell. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 5. num. 39. cum seqq.* & verissimam, & receptam profitetur *Barbos. in l. si cum dotem 23. § si pater, num. 20. in fin. & 21. ff solut. matrim.*

Ex hac autem ratione procedit, quod hæres adeundo, etsi cum beneficio inuentarij, non tamen iura, & actiones separatas retinere valebit
10 pro ea tamen portione, quam ex hęreditate percipiet; dùm enim tantundem ex hæreditate habet, non potest dicere esse in damno, & per consequens inuentarium nihil operabitur, nec confusionem impedire poterit, vt dixerunt *Cin. Bart. Fulgos. Alex. & Salic. in d. l. debitori, C. de pactis*, vbi affirmant, & signantèr *Alex. nu. 4. verſ. conclude*, quod si creditor debitori successisset, etiam cum inuentarij beneficio, confusam tamen dici actionem, & creditum, dummodò ex hoc ei damnum non oriatur, & idem in *d. §. in computatione*, vbi etiam *Bart. nu. 6. verſ. item quaro si defunctus*, post *Gloss.* quam ibi communitèr *DD.* sequuntur, & damnum omninò cessare certum est in hæreditate opulenta, proùt in casu nostro, nunquam enim
11 damnum pati dicitur, qui tantundē, & plus ex hæreditate consequitur, vt dixit

dixit idem *Bart. in d. §. in computatione, verſ. aut habet vltra.*

Propterea, hæres hæreditatẽ opulentam adiens, parùm refragante beneficio inuentarij, nedùm perſonales actiones pro conſequendis credi-
12 tis exercere nequibit, ſed neq; hypothecarias, imò neq; reiuẽdicatione experiri, proùt docet *Roman. in conſ.* 18. *num.* 4. vbi non poſſe filium hæreditatem paternam etiam cum beneficio inuentarij adeuntem; reiuendicationis actionem intentare, affirmat, dùm de paterna ſubſtantia tantùm ſibi remanet, quantum illa portio, quam vendicare intendit, importabit, & *Romanum* ſequuti ſunt *Dec. Curt. Bertrand. Ruin. Boer. Grat. & alij*, quos refert *Mandell. in addit. ad Roman. ibidem*, idem conſuluit *Fulgoſ. in conſ.* 87. incip. *paterfamilias, poſt n.* 3. *verſ. quod tamen, Alex. conſ.* 30. *num.* 7. *lib.* 6. *Crauett. conſ.* 225. *num.* 12. *& Soccin. iun. in conſ.* 108. *nu.* 42. vbi in ſpecie aſſerit, in hæreditate opulenta, in qua nos verſamur, nihil prodeſſe inuentarium, niſi ad effectum, ne hæres vltra vires teneatur, ſequitur *Andr. ab Exea de pactis num.* 228. *verſ. iſta ſublimitatio*, & ex hac ratione dicebat *Afflict. in Conſtit. diuæ memoriæ, nu.* 9. *auth. Iſerniæ, & aliorum*, inuentarium in feudo hæreditario nihil prodeſſe, quatenùs hæreditas ſuppeteret.

Hoc etiam in noſtris ferè terminis conſuluit *Ruinus* omninò videndus *in conſ.* 113. *num.* 6. *lib.* 2. in pulchro caſu, actionem nimirùm pro auito fideicommiſſo filio competentẽ, fuiſſe
13 per hæreditatis aditionẽ confuſam, tametſi inuentarium confeciſſet, cum illius non intereſſet, eam actionẽ non confundi, dùm hæreditas eſſet opulenta, propterea impoſſibile eſſe, ſtante confuſione, ea bona retinuiſſe ratione fideicommiſſi, cùm ſibi ipſi non potuerint eſſe obligata, nec ſibi ipſi hæreditatem reſtituere, *d. l. Vranius, ff. de fideiuſſor.* ſed neceſſariò fatendum, illa acquiſiuiſſe ex hæreditatis paternæ aditione, magis quã ex auito fideicommiſſo, & propterea concludit in ſuo caſu, matrem, quę ad ſecunda vota tranſierat, illa bona tantummodò, quòad vſumfructũ acquiſiuiſſe, tanquàm bona ex paterna hęreditate petuenta, non autem auita; quod in propoſito approbat etiam *Phanuc. de inuentar. d. §. 6. §. baſtenùs, num.* 4. vbi inter alios caſus, in quibus inuentarij beneficium non opitulatur, ponit quando hæredis non intereſt actiones non confundi, & nõ intereſſe docet, quando hæreditas eſt opulenta, ità vt tantundem hæres ab ea conſequi valeat, ex *Bart. in d. §. in computatione.*

Tradit hoc etiam perbellè idem *Anton. Faber lib.* 2. *tit.* 4. *C. de tranſact. diffin.* 14. *num.* 14. vbi his diſertiſſimis
14 fatetur verbis: quod hæres cum beneficio legis, & inuentarij perindè hæres verè eſt, ac ſi inuentarium non feciſſet, niſi ꝙ nõ tenetur ſupra vires hęreditatis, nec iurium ſuorum iacturam, & confuſionem pati cogitur, ſupra, quam ex hæreditate ferre poſſit: ſequitur ad propoſitum. Nàm quin iura ipſius confundantur ad concurrentem vſque hæreditatis quantitatem, dubitari non oportet, atq; ità accipiendum, quod ſcriptum eſt in *§. in computatione*, quæ verba ſatis clarè noſtram diſputationem determinare dicebamus.

Ità etiam poſt *Roman. Fulgoſ. Dec. Alex. Boer. Crauet. & cæteros*, tenet doctiſſimus *Pinell. in l. 1. in 3. par. ſub nu.* 81. *in 7. ampliat. C. de bon. matern.* vbi
15 ait, quod quatenùs bona hęreditaria ſufficiunt, actio hæredis confunditur, quia inuentarium ſolùm operatur, ne teneatur vltra vires, ad notata in *d. §. in computatione, & in d. l. debitori, C. de pactis*, vbi *Dec. num.* 20. & in *l. ex qua perſona* 191. *num.* 2. *ff. de regul. iur.* benè etiam *Surd. in deciſ.* 30. *poſt nu.* 13. *&* 31. *ad finem*, & optimè *Riminald. ſen. in d. l. debitori, col.* 2. *verſ. aduerte*, vbi eo tantùm caſu, actiones nõ confundi,

fundi, & de eius credito esse habendam rationem affirmat, si cum creditoribus, & legatarijs concurrat, & sequitur *Honded.in cons.58.num.4. & 5.*

Cùm igitur Dux D. Honuphrius nullum penitùs ob paternæ hæreditatis aditionem, passus fuerit damnũ, cùm fuerit opulentissima, & satis vltra onera ex ea consequutus fuerit; non esse dubitandum concludebam, quin actiones, & iura sibi competentia fuerint ità cõfusa, vt inuentarium quòad ea, separationem minimè induxerit ex prædictis, cùm illi non interfuerit, actiones nõ confundi, dùm tantundem, & plus ex ea hæreditate perceperit: & consequentèr nulla debebat inter eiusdem D. Honufrij cohæredes fieri hæreditatum distinctio, ac separatio, vndè bona, vel debita processerint: præcipuè dùm ipse viuens de hac sepatione, & diuisione nihil dixerit. Propterea omnes cohęredes absq; alia bonorum, & onerum distinctione succedent, cùm omnia effecta fuerint ipsius D. Honuphrij patrimonium per aditionẽ *l.1. §. veteres, ff. de acquir. possess.* adeò vt quòad ipsas cohæredes non possit considerari ampliùs vti hæreditas paterna, vel materna, sed vti vltimi defuncti hæreditas, cui ipsę æqualitèr, seù
16 pro portione hęreditaria successere, *§.1. Instit. de hæred. qualit. & differ. & l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulgar. Bar. in l. fin. §.1. ad Tertul. Aretin. in l. per procuratorem, col.1. ff. de acquir. hæred.* facit *Afflict. in decis.178. num.4. & Gratian. discept. forens. cap.971. n.26. & 27.* etenim hoc casu, vnius hęreditatis opulentæ, duo patrimonia etiam confecto inuentario dici nequeunt, *l. iurisperitus, §.1. ff. de excusat. tutor.*

Per quam præcipuè rationem in casu satis simili consuluerunt non aspernendę authoritatis *Doctores*: bo-
17 na scilicet filij, æqualitèr esse diuidenda inter auum paternum, & maternum, nulla facta separatione bonorum, à quo peruenerint: nõ enim considerari debent tanquàm à patre, & matre obuenientia, sed tanquàm proprium filij, eiusdemq; nepotis patrimonium per aditionem vnicum effectum, cui æqualitèr per auos succeditur, ex *auth. defuncto, C. ad Tertull.* sic expresse contrà *Bart.* iuxtà morẽ latè defendit ibidem *Bald.* quem sequuntur *Salic. Fulgos. & cæteri*, quos latè congerit *Tiraquell. lib.1. de retr. lignag. §.14. gloss.2. num.13. Mattiens. lib.5. tit.8. l.1. gloss.3. num.17.* & optimè *Phanuc. par.2. num.11.* asserens secundum *Baldi*, & sequacium opinionem, sępiùs fuisse iudicatum, & optimè disputat *Barbosa in d. l. post dotem 41. num.66. vers. quòad secundum, ff. solut. matrim.* alios etiam ad propositum allegat *Fontanell. de pact. nuptial. claus.4. gloss.24. à num.57. & 65. cum seqq. & Gratian. d. cap.971. num.26. & seq.*

Et ex his dicebam, non obstare illud axioma, quod inuentarium facit, ac si hæreditas non esset adita, & reputetur pro iacente, & conseruare omnia iura hæredis illęsa, ac si hæreditatem non adiuisset; illud enim
18 non erit ità simplicitèr, & indistinctè intelligendum; sed respectu certi, & limitati effectus secundùm iuris fictionem, non autem secundum veritatem: quia rei veritate attenta, hęreditas est verè adita, & hæres verè est hæres, imò magis verè, cum transferat dominium in emptorem bono-
19 rum hæreditariorum absque onere hypothecæ, iuxtà notata in *d. §. & si præfatam*: quod non licet simplici hæredi absque beneficio inuentarij, & potest agere, & conueniri, vt benè aduertit *Riminald. in d. l. debitori, C. de pactis*, sed lex illud fingit ad illum tantum finẽ, ne hæres aliquod damnum ex aditione patiatur, & ideò
20 quotiescumq; hæreditas est soluendo, cessat damnum, & consequẽtèr fictio legis, quæ ex æquitate inducitur, vt benè ex mente omnium expli-

cat *Phanuc.de inuent. par.5. §.explicitis,num.13.& seq.* sequitur *Roland.de inuent.d.par.4.vtil.10.in fine*,ad quod facit satis optimè id quod refert *Facchin.lib.7. contr.iur.cap.13.in fine*, vbi asserit huiusmodi assumptum ità generalitèr acceptum, non esse verum, imò absurdum continere,sed temperandum esse quantum ad hunc solũ effectum, ne hæres detrimentum patiatur,& ne teneatur vltrà vires,& ne suas quòad damnũ vitandum, actiones amittat.

Propterea nullo modo dubitandũ esse dicebam, quin actiones omnes essent per aditionẽ confusæ, & separatio penitùs excludenda,cũ hereditates omnes fuerint opulentissimæ,& plus habuerit D. Onuphrius ex hæreditate, quam ex ipsis actionibus percipere potuisset; Et consequentèr multò minus hæredes hæredis, cùm nõ videretur ampliũs posse considerari vti hæreditas paterna, vel materna, sed vti proprium ipsius heredis patrimonium cui succeditur,vt latè discurrit *Valasc. in praxi partition.cap.2.num.14.cum seqq. Vrsill. ad Afflict. in decis.178.sub num. 3. de Franch.decis.171.num.3.& decis.307. nu.2.in fine,& seq. & decis.328. Crass. in §.hæreditas, quæst.2.* vbi ad multa infert, & *Consiliar. Anna in consil.45. num.73.*

Ex quibus tolli etiam dicebam aliam oppositionẽ de paragio, quod prætendebat præcapere, ac deinde succedere in eo,quod supererat, nã licet ipsa inuentariũ confecisset,proùt non fecit,dùm hæreditatẽ D.Honuphrij adiuit,non tamen exindè potuisset ante omnia detrahere paragiũ, quod sibi in bonis maternis debebatur: dùm enim successerat D.Honuphrio, qui paragij debitor erat,confusum, & extinctum illud debitum per aditionem fuit,nec beneficio inuentarij iuuari poterat,cùm ex illius hæreditate satis vltrà paragium fuerat consequuta, ideòq; ex superiùs adductis pro ea quantitate, quæ in hæreditate erat,creditum confusum, siuè extinctũ dicebam, & ne videre-
21 tur punctualis desiderari decisio in materia paragij, ità perbellè docet *Petr.de Gregor.de dote,& paragio, q. 5. num.8.* vbi in quæstione,quam ponit an dos de paragio debeatur ei, quæ successit in feudo: satis ad propositum distinguit,quod si propter maiora onera feudi,quam sit illius valor, vel propter concursum creditorum, maluerit præseruari sibi ius petendi dotem de paragio, & concurrendi cum alijs super feudo; tùnc si inuentarium confecerit, tale ius petendi dotem non poterit dici confusum, vel extinctum,sed remansisse separatum tanquàm onus feudi,ad notata in *d.l.1.C.de iure deliber.& d.l.debitori, C.de pactis*, subdit deindè *num.8. in vers.sin autem*, quod si feudum non reperiatur tot oneribus grauatum, quæ absorbeant fructus, vel valorem illius, ità vt cõmodè possit alijs creditoribus satisfieri; tùnc cum plus iuris consequatur ex feudo quam sit ipsa dos de paragio,non poterit dotem præcapere ex beneficio inuentarij obstantibus regulis, & conclusionibus prædictis, & allegat *Andr. in Constit.Comitibus,in pen. col. in 2.lect. vers.quid ergo*, vbi ait,quod in persona filiæ, vel sororis, quæ successura est in feudo, non potest simul, & semel assistere ius succedendi in feudo, & ius petendi dotem de paragio super feudo,eo quod ad inuicem sibi contradicant in eodem subiecto, sequitur etiam *de Ponte in consf.62. nu. 52.lib.1.* & confirmãt dicta per *Napodan.in Consuet.Si moriatur, §.eas autẽ, in verbo paragium, per totum.*

Propterea ex his omnibus nullo modo, hæreditatum, & actionum separationem fieri debere, sed æqualitèr tanquàm vnicum Ducis D. Honuphrij fratris patrimonium, deductis pro rata oneribus, diuisionem esse faciendam, nulla penitùs facta

bono-

bonorum, & hæreditatis distinctione dicebam.

De hoc codẽ articulo optimè allegauit *D. Reg. Capyc. Galeota controu. 5. lib. 2.* qui vna mecũ in causa Principis Tarsiæ cum D. Carolo Spinello fratre doctissimè scripsit.

Ità fuit per Sacr. Conf. iudicatũ, & deindè trãsactione omnia terminata.

SVMMARIVM.

1 *Testamentum primo loco factum per simplicem reuocationem corã septem testibus declaratam, non reuocatur.*

..Nisi alium testator dixerit haredẽ, vel declarauerit velle decedere intestatus.

..Quia tacitè videntur eo casu, instituti venientes ab intestato secundùm Bartolum.

..Vel nisi tempus decem annorum effluxerit.

..Contrariũ tamen tenuit Bal. *quod etiam si causam non dixerit, valebit reuocatio.*

..At Bartoli *opinionem magis communitèr sequuntur omnes.*

2 *Testamentum primum in tantum reuocari poterit, in quantum secunda voluntas dispositiuè manifestetur.*

..Nimirùm vel secundum testamẽtum perfectè condendo, vel expresiè declarãdo velle ab intestato decedere.

3 Text. in l. sancimus, C. de testam. *& in* §. ex eo, Instit. quib. mod. testam. infirm. & l. militis, §. veteranus, ff. de milit. testam. *declarantur.*

4 *Primum testamentum neq; reuocari, etiam si testator expresiè declarauerit velle intestato decedere, dixit* Anton. Fab.

..Nisi aliud condiderit testamentum, vel decennium effluxerit.

5 Tex. in l. 1. §. si hæres, ff. si tab testam. null. extab. *loquitur, quando expresserat testator velle ab intestato decedere.*

6 *Responsio adducitur ad* text. in l. peto ff. de legat. 2.

7 *Reuocatio testamẽti coràm minori numero, quam septem testium, nullum operabitur effectũ, etiam publico interueniente instrumento.*

..Nisi decennium effluxerit.

8 *Decennium iuxtà* l. sancimus, C. de testament. *oportet, vt à die conditi testamenti currere incipiat, ità vt elapsum sit ante reuocationem, secundum* Gloss. *opinionem.*

..Sed alij tenẽt satis esse, quod effluxerit ante, vel post reuocationẽ, dummodò ante testatoris obitum.

9 *Decennij lapsum cõputari à die reuocationis, dixerunt alij, quia tanto tẽporis spatio sustinetur reuocatio, etiã corã minori numero testiũ declarata.*

..Quinimò sufficere, etiam si parum temporis desideretur pro complendo decennio.

..Sed Glossæ *opinionem sequuntur magis communitèr Doctores.*

10 *Testamenti tabulæ, licet per simplicem reuocationem coràm minori numero testium non infirmentur, hoc tamen intelligitur quòad institutiones, & substitutiones.*

..Secus quòad legata, & fideicommissa, in quibus sufficit minor testium numerus.

11 *Legata, nuda voluntate adimuntur.*

12 *Testator si coràm testibus dixerit reuocare testamentum; legata censeri reuocata non minus, quã si nominatim ea reuocasset ex* d. §. veteranus.

13 *Confessio debiti in testamento facta, per reuocationem testamenti etiam imperfectè factam, reuocata censetur.*

..Nisi fuisset iurata, & acceptata.

14 Text. in l. si iure, ff. de legat. 3. *adducitur, in quo* Põponius *videtur cõtradicere* Papiniano, *siuè* Paulo in d. l. militis, §. veteranus, ff. de milit. testam.

15 *Legata duplicitèr reuocari possunt, expresiè, & nominatim, vel tacitè per reuocationem testamenti.*

..Si expresiè, per nudam voluntatẽ reuocata intelliguntur.

..Si tacitè eatenus, quatenùs secun- da di-

da dispositio valida fuerit per d.l. si iure, ff. de legat. 3.

16 *Intellectus ad* text. in l. si iure, ff. de legat. 3. *affertur, & Bartoli doctrina ibidem declaratur.*

17 *Primum testamentum tacitè intelligitur reuocatū per secundum, licet expressè in eo nō fuerit dictum reuocari primum.*

18 *Nemo potest decedere cum duobus testamentis æquè validis.*

19 *Legata intelliguntur reuocata, quando constat de voluntate testatoris, etiam si testamentum nō condiderit, sed per alium actum licet minus sollemnem.*

. . Sed hoc casu non ipso iure, sed ope exceptionis reuocata censentur.

. . Hinc meliorem esse conditionem possidentis dixit Bart. *& ideò si legatarius possideat, ope exceptionis repelletur heres, sicut è contra reijcitur legatarius harede possidente.*

. . Sed hoc solùm fauore haredis inductum existimat Ant. Faber.

20 *Possessor hoc ipso, quod possidet, plus iuris habere dicitur, quam qui nō possidet.*

21 *Heres si agat repetendo legatum, quod ex errore soluit, ommissa exceptione doli, qua vti poterat; exceptionis vires non extimantur ex persona actoris, sed rei.*

22 *Reuocatio reuocationis testamenti illud firmat, si eo animo fiat, vt primū subsistat.*

. . Quod etiam per testes probari poterit, fuisse factam animo substinendi primum testamentum.

23 *Probatio per testes semper habere potest aliquam falsitatis suspicionem,* argum. l. diuus, ff. de milit. testam. in fine.

24 *Reuocatio, seù cassatio facta ad vnum finem, illo cessante corruit.*

25 *Primi testamenti reuocatio facta ad finem, vt secundū valeat, prout semper fieri solet, si non valet secundum, cessat reuocatio.*

26 *Clausula* cassans, & irritans, *intelligitur apposita accessoriè ad donationē, & consequentèr censetur apposita ad conseruationem illius.*

. . Quia clausula accessoria, principalem dispositionem non ampliant, nec extendunt.

. . Proùt etiam clausula derogatoria, & similes.

27 *Clausula* si plus valet, donat, *dicitur impropria donatio, & ideò insinuatione non indiget.*

28 *Legatum speciale pracedens, non censetur reuocatum per generalē donationem sequentem.*

29 *Clausula derogatoria in donatione adiecta censentur apposita, & operātur quoad ea, qua videntur contrariari ipsi donationi.*

30 *Cassatio, & reuocatio restringitur ad casum cassationis, nec extenditur ad alia.*

. . Pracipuè quando fuit facta contemplatione certarum personarum, quia tunc ad alias vltrà intentionem non porrigitur.

31 *Causa reuocationis cessante, nimirum donatio, cessat etiam reuocatio. Pracipuè cum contrahentibus non interfit, illam ad alios extendi.*

32 *Reuocatio anterioris testamenti, si fuit conditionalis, quatenùs scilicet, actus in quo, & per quem facta fuit, suum sortiatur effectum: tunc si ille actus reddatur caducus, euanescit etiam reuocatio.*

33 *Testamēti reuocatio facta ad firmandam donationem in fauorem filiorū, si illa donatio non sortiatur effectum ob mortem filiorū, reconualescit primum testamentum.*

34 *Haredes instituti censentur predilecti à testatore, venientibus ab intestato.*

35 *Legatarius autem in re legata censetur predilectas etiam ipsis heredibus institutis.*



ARGV-

ARGVMENTVM.

Per simplicem reuocationem coràm septem testibus declaratam, non reuocari testamentum primo loco factum, nisi testator aliũ dixerit hæredem, vel decennium effluxerit, ad intellectum *l. sãcimus, C. de testam. et l. militis, §. veteranus, ff. de milit. testam. & l. si iure, ff. de legat. 3.*

Quod quidèm decennium, à die conditi testamenti, ante reuocationem effluxum esse oportet, secundum *Gloss.* opinionem.

Hæc tamen quòad hæredis institutionem esse intelligenda, secus quòad legata, & fideicommissa, ostenduntur, Aliaq; circa materiam non iniucunda tractantur.

I. M. I.

DISPVTATIO LXI.



1 Ommunis est in iure conclusio, per simplicem reuocationẽ per testatorem etiã coràm septem testibus declaratã, quando tamen alium non dixit hæredem, nec aperuit malle decedere intestatus, non reuocari primum testamentũ aliàs perfectum, per *tex. in l. ex eo autem solo, Inst. quib. mod. testam. infirm. l. militis, §. veteranus. ff. de milit. testam.* nisi tempus etiam decem annorum effluxerit, per *tex.* expressum *in l. sancimus, C. de testam.*

Hæc fuit originaria opinio *Bart. in l. si iure, num. 3. ff. de leg. 3.* vbi tamen asserit, quod si testator causam addiderit, quia scilicet volebat intestatus decedere valebit reuocatio, ex quo tacitè, & præsumptiuè venientes ab intestato eo casu cẽsentur vocati, per quorum aditionẽ videtur ademptio confirmata.

Contrariæ tamẽ opinionis fuit pro more *Bal. in d. l. sancimus, C. de testam.* & magis explicitè tenuit *Imola in l. si ità scriptum, §. regula, in fin. ff. de liber. et posthum.* dicentes, quod etiam si nihil additũ fuerit, valebit nihilominus reuocatio; naturali enim ratione videtur testator voluisse ab intestato decedere, dùm testamenti tabulas irritas esse voluit, Absque aliquo igitur cursu decennij, dùm coràm septem testibus reuocatio publicatur, primũ testamentum irritum esse dixerunt, non obstantibus prædictis iuribus, quia ibi reuocatio coràm minori numero testiũ facta proponebatur, quo casu erat necessarius decẽnij lapsus, sequitur *Aret. in d. §. ex eo autem, sub num. 3. vers. aduertendum*, licet dicat *Salic.* tenere opinionẽ *Bart.* latè *Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 15. num. 19. vers. sed contrarium,* vbi huiusmodi opinionem plenè comprobat *Soccin. iun. cons. 145. num. 8. cum seqq. Barbat. cons. 60. lib. 2.* fusè *Guid. Papa decis. 200.* cuius quoq; opinionem satis, sed parum rectè defendere conatur ibidem *Ferrer. in 2. add. t. incip. ego puto, Præs. Amat. in cons. 51.* & cęteri, quos refert *Rot. Rom.* penès *Ludouis. decis. 446. nu. 2.* vbi *Beltramin.*

Communitèr tamen, opinio *Bart.* ab omnibus videtur accepta, & eum sequitur *Alex. in d. l. §. regula. & in d. l. sancimus*, vbi magis communem dicit, & ibidem *Roman. Corn. Fulg. Salic. & alij, Castr. in auth. hoc inter liberos, C. de testam. Cuman. in l. si filius in potestate, ff. de liber. & posthum. Iul. Clar. in §. testamentum, quæst. 91. & 92. Di-*

lect. de arte testandi, tit. de mutat. test. caut. 3. *Couarr. in rubr. de testam. par.* 2. *col. penult. vers. sexta conclusio, Simon de Pretis de interpr. vlt. volunt. lib.* 4. *n.* 51. *fol.* 464. *Alexand. in cons.* 104. *volum.* 2. *cons.* 30. *volum.* 3. *& cons.* 159. *vol.* 7. latè *Ruin. cons.* 6. *vol.* 2. *Bertrand. cons.* 295. *par.* 2. *lib.* 1. *& cons.* 213. *par.* 2. *lib.* 1. *cons.* 213. *par.* 2. *lib.* 1. *Menoch. cons.* 317. *nu.* 21. *&* 26. *Peregrin. cons.* 39. *nu.* 39. *lib.* 2. *Surd. cons.* 320. *num.* 11. *Mascard. de probat. conclus.* 1288. *Anna alleg.* 90. *Argel. de acquir. possess.* latissimè *in quæst.* 6. *artic.* 10. *per tot.* & præsertim *nu.* 239. *cum seq. & artic.* 12. *nu.* 328. *&* 348. vbi hanc *Bartoli* opinionem communi calculo receptam dicit, licet ipse *nu.* 329. videatur *Baldi* sententiam amplectari *Gratian. discept. forens. cap.* 558. *&* 764. *Facchin. lib.* 4. *controuers. cap.* 8. latè *Thesaur. iun. lib.* 1. *variar. quæst.* 56. & ad saturitatem omnibus contrarijs respondens *Pedroca cons.* 8. *nu.* 120. *& seq. Marescott. lib.* 1. *variar. cap.* 48. vbi ita pluries per *Rotam* decisum testatur, sequitur etiã *Dom. de Franch. decis.* 287. *Rot. Auen. decis.* 81. *Peregrin. decis. Patau.* 43. *Farinac. decis. Rot. Rom.* 390. *Surd. decis.* 128. vbi latissimè *Hodiern. & eadem Rot. coràm Ludouisio d. decis.* 446. vbi *add.* & alios nouissimè refert *Reg. Sanselic. lib.* 2. *decis.* 196. licet ipse alia ratione contrarium teneat.

Et verè hæc *Bartoli* opinio vti validioribus argumentis munita, sequẽda videtur: in tantùm enim reuoca-
2 tur primum testamentum, in quantũ secunda voluntas dispositiuè manifestetur, scilicet vel aliud condendo testamentum, vel expresè declarando secundùm *Bart.* velle ab intestato decedere, quia videntur tunc ab intestato venientes vocati, & ex illorũ aditione cõfirmatur reuocatio, quod fieri nequit, si nihil dixerit.

3 Nec videtur bene adaptari posse illa responsio, ad *text. in d. §. ex eo, & ad d. l. sancimus, & §. veteranus,* quod ibi fuerat reuocatio corã minori numero testium declarata, hęc est enim diuinatio præcipuè cum in *d. l. sancimus, Imperator* non restringatur ad tres testes, sed dixerit non minus tribus, vndè etiam si plures fuissent, nisi tamen decennium effluxerit, reuocatio non operabitur, vt aduertit *Ruin. in d. cons.* 6. & cæteri per *Hodiern. vbi supra, Ferrer. ad Guid. Pap. d. decis.* 200. *in addit. incip. sicut testam ntum,* & reprobat etiam *Io. de Cruce ibidem,* tenet quoq; *Corn. in cons.* 39 *&* 149. *lib.* 2. *de Benedict. in cap. Raynutius, in verbo testamentum, il primo, num.* 79. *& seq.* & subtilissimus *Anton. Fab. de error. prag. decad.* 39. *error.* 6. *nu.* 5. vbi etiam *Guid. Papam* contrariũ tenentem damnat: Quin imò *num.* 14. *cum seq.* eius fuit opinionis contra *Bart.* vt etiam si ex-
4 presè, & coràm septem test bus, velle intestatus decedere declarauerit, non tamen reuocatio valida iudicabitur, nisi secundum fecerit testamẽtum, vel decennium effluxerit, iuxtà *d. l. sancimus,* per *tex. in d. §. veteranus,* vbi hæredis institutionem, & substitutionem in eodem statu manere decernitur, non obstante quod defunctus intestatus esse maluerit, & iterũ hoc tenuit *error.* 8. *num.* 1. *& seq.* quã etiam opinionem sectatur post alios *Facchin. d. lib.* 4. *cap.* 8. & doctissimus *Cuiac. lib.* 6. *responsor. Papin. ad d. §. veteranus,* licet contrarium vt diximus, tenuerit alia quidẽ ratione, & in foro conscientiæ; *idem Reg. Sanselic. d. decis.* 196. ex dictis per eundem *Facchin. d. lib.* 4. *cap.* 5.

5 Neq; etiam pro *Baldi* opinione benè adducitur *text. in l.* 1. *§. si hæres, ff. si tab. testam. null. extab.* nàm ibi expressis verbis declarauerat testator velle ab intestato decedere.

Text. autẽ in l. peto, ff. de legat. 2. non probat id pro quo allegatur, vt scili-
6 cet venientes ab intestato censeantur vocati, quin potiùs videtur contrarium probari, dùm illud decernitur gratia venientis ab intestato, ergo secus si non gratia illius, vt notant

tant ibi *Gloss. & Hodierna in prædicta addit.*

Hæc omnia excitata fuere, & disputata in causa Aloysij Trani Baronis Tutini cũ Margarita Trani Marchionissa Speclæ: Cùm enim Octauius Trani Marchio Speclæ eiusdem Margaritæ pater sub die 13. Octobris 1618. suum condidisset testamentum sibiq; hæredem vniuersalem fecisset Franciscum filium primogenitum, eiq; decedenti sine filijs substituisset præfatam Margaritam, cũ onere tamen dandi, & soluendi duc. 100. mil. propinquiori de familia. In anno deindè 1627. dùm Franciscum filium in matrimonium collocasset eidemq; in pactis nuptialibus omnia bona feudalia refutasset, ac donasset, vt magis firma, & libera prædicta procederet donatio, suumq; sortiretur effectum, legitur apposita clausula per hæc verba: *Reuocando, & annullando quamcunq; donationem, testamentum, seù scripturam per ipsum Marchionem confectam, proùt ex nunc reuocat, cassat, & annullat, &c.*

Prætendebat igitur ex his eadem Margarita, quæ prædefunctis dicto Francisco primogenito, eiusq; liberis, successerat dicto Octauio patri cum prædicto onere soluendi prædictos duc. 100. mil. Aloysio Trani vti proximiori de familia, per dictam clausulam derogatoriam in capitulis matrimonialibus, & in prædicta refutatione, seù donatione contentã, testamentũ prædictũ, & multò magis legatum duc. 100. mil. præsumi, & esse reuocatum, nec deindè potuisse reconualidari, dùm aliud testamentum non fecerit, nec declarauerit expressè, voluisse primum subsistere.

Sed his omnibus occurrebatur pro parte Aloysij, cuius iura tuebar; non posse scilicet vllo modo reuocatum dici testamentum per simplicem reuocationem in donatione contentã, dùm alium heredem sibi non fecerit, nec saltem protestatus fuerit malle ab intestato decedere ex supradicta Bartoli. & sequacium opinione: Præcipuè cùm opinio *Bald. & Imola* illorumq; sectantiũ, eo tantùm casu procedere videbatur, quando reuocatio coràm septem testibus fuisset confe-

7 cta; quod neq; huic reuocationi adaptari poterat, dùm corã tribus dumtaxàt testibus fuerit enunciata, & consequentèr nullum valebat operari effectum, etiam publico interueniente instrumento, & stipulatione, vt docet *Thesaur. iunior d. quæst. 56. num. 9. & seq.* vndè decẽnij spatio ad reuocationem confirmandam opus esse, dicebam, ex dispositione *d. l. sancimus*.

Hinc altera fuit suborta quæstio disputanda; à quo scilicet die incipiat huiusmodi decennale tẽpus decurrere; nùm à die conditi testamenti, nùm verò à die ipsius reuocationis, vel oporteat decennium ipsum ante reuocationẽ fore elapsum: nùm verò sufficiat, quod ante mortem effluxum fuerit, dummodò infrà dictũ decennij spatium reuocatio fiat?

Et in hoc quæsito ex *Glossæ* opinione in *d. l. sancimus*, necessariũ videtur

8 esse, vt decennium currere incipiat à die conditi testamenti, adeò vt elapsum oporteat esse, antequàm reuocatio fiat, sequitur optimè *Bertrand. in d. cons. 295. par. 1. lib. 1. & cons. 213. lib. 1. par. 2.* benè *Ruin. in d. cons. 6. volum. 2.* tenuit etiam *Ias. in d. l. sancimus, sub num 6. & in cons. 131. lib. 1. Peregr. in d. cons. 39. sub num. 5. lib. 2. Clar. in d. quæst. 91. & Thob. Nonius consil. 23. num. 12.*

Nihilominus nonnulli tenent, satis esse testatorem, medio tempore suam declarasse voluntatem, & decennium effluxisse, vt refert *Crass. in §. testamentum, quæst. 84. num. 4. & Guid. Papa in d. decis. 200. num. 3.* vbi sufficere asserit, quod decennium sit elapsum ante, vel post reuocationem, ante tamen testatoris mortem, secundùm *Hostiens. Angel. Iacob. de Butrio,* & alios,

& alios, quos hanc sequendo opinionem, allegat *Thesaur. d. quæst. 56. n. 17.*
9 vbi affirmat decennium computari à die reuocationis, quia per tāti temporis perseuerantiam, simplex substinetur reuocatio, etiam coràm minori numero testium declarata, *Argel.* etiā sequitur *de acquir. possess. quæst. 6. artic. 10. num. 298.* doctissimus *Ant. Fab. d. err. 6. num. 11. Barry de success. lib. 10. num. 34. & Marta de success. par. 4. q. 4. artic. 2. num. 42.* imò *Zunta in consilio pro vxore num. 925. & seq.* tenet, quod etiam si non fuerit effluxum decennium à die primi testamenti, sed parùm minus, putà quatuor, vel quinque mensiū, sufficiat nihilominus ad validandam reuocationem in terminis *d. l. sancimus.*

Sed *Glossæ* opinionem, sequuntur etiam *Cin. in d. l. sancimus, Gulielm. de Benedict. in d. cap. Raynutius, in verbo testamentum, el secondo, num. 8.* doctissimus *Cuiacius in repet. ad tit. C. de testam. tom. 3. col. 693. circa medium, vers. est, & alius casus,* disertissimus *Vgo Donnell. in d. l. sancimus,* post *Azonem in tit. de testam. nu. 23.* & post *Anchar. Regiens. in q. 70. lib. 2. nu. 10.* tenet etiā *Sim. de Prat. de interpr. vlt. vol. lib. 4. fol. mihi 466. nu. 83. & 84.* vbi hanc verā opinionem testatur, & sequitur *Vasq. de success. creat. §. 17. nu. 73. & 74.* vndè maximè controuersa, & disputata videtur quæstio.

Nihilominus data pro vera, & indubitata *Glossæ* opinione, quæ absq; dubio communiori calculo videtur recepta; ansam non minimam dicebamus adesse, ex quo non agebatur de reuocatione institutionis hæredis, & testamenti principalitèr, sed legati, & fideicommissi particularis, nempè duc. 100. mil. relictorum proximiori de familia Trani, (qui ad præsens videtur esse ipse Aloysius) casu quo decedente Francisco filio primogenito hærede instituto sine filijs succederet ipsa Margarita, proùt successit.

Et in hoc articulo videtur satis manifesta *Doctorum* conclusio: quod licet per simplicem reuocationem coràm minori numero testium secundum superiùs allegata, non reuocentur primi testamenti tabulæ, istud tamen intelligatur quòad institutio-
10 nes, & substitutiones, secus verò quòad legata, & fideicommissa: mouentur omnes, per *text.* expressum *in d. militis 37. §. veteranus, ff. de milit. testam.* vbi Papinianus, siuè *Paulus* (vtriq; enim adscribitur) ità decernit: *veteranus moriens testamentum iure communi, tempore militiæ factum, irritum esse voluit, & intestatus esse maluit: Hæredum institutiones, & substitutiones in eodem statu mansisse placuit; legata verò petentes, exceptione doli mali secundum ius commune submoueri,* vbi *Gloss. in verbo mansisse,* asserit, quod institutiones nō irritantur per simplicem reuocationem ex *d. l. sancimus*, sed in *verbo secundum ius commune,* addit, quod legata reuo-
11 cantur, quia nuda volūtate adimuntur, *l. 3. §. fin. & l. si transferam, ff. de adim. legat. & l. ex parte, eod. tit. & d. l. si iure, ff. de legat. 3.* & multa cumulat *Ludouic. commun. opin. tit. de adimend. legat. conclus. vnic. ampl. 7.*

Vnde hanc opinionem tanquàm indubitatam, & incontrouertibilem tenuerunt *Bart. in d. l. si iure, num. 2. in fine, ff. de legat. 3. Ioan. Fab. in d. §. ex eo autem, Instit. quib. mod. testam. infirm.* idem *Bart. & Bald. in d. §. veteranus, Alberic. & Alex. in d. l. sancimus, num. 8. in fine, Imol. in d. l. si ità scriptum, §. regula, ff. de liber. & posthum. Castr. in l. hæredes palā, §. 1. de testam.* latè *Berous in cons. 4. num. 8. lib. 2.* vbi asserit, quod in hoc nemo contradicit, sequitur *Surd. in d. cons. 320. num. 11. & seq.* dicens expressè, quod licet per simplicem reuocationem, testamentum non abrogetur, substinetur tamen reuocatio, quòad legata in eo contenta, quod etiam tenuit idem *Bertrand. in d. cons. 295. par. 1. lib. 1.* & eum quòad

hoc

hoc allegat *Bennetton. in addit. ad*
*Guid Pap.d.quæſt.*200. *Crot.in l.re con-*
*iuncti,num.*65 *ff.de leg.*2. *Vaſq.de ſuc-*
*ceſſ.reſolut. lib.*1.*§.*1.*num.*16. *de Prætis*
*de interpr.vltim.volunt. lib.*4.*fol.*464.
*ante num.*55. vbi allegat *Beroum in*
*d.conſ.*4.*lib.*2.*Barry de ſucceſſ.lib.*10.*co-*
*lum.*2.*num.*33.*verſ.dubitari poteſt*,vbi
refert *Alex.in conſ.*30.*lib.*3.dicentem,
12 quod ſi teſtator dicat coràm teſtibus
ſe reuocare teſtamentum ; legata, &
fideicommiſſa cenſeri reuocata, non
minus quam ſi in ſpecie, & nomina-
tim ea reuocaſſet,& *nu.*9.*&* 10.*Mar-*
ta de ſucceſſ.par. 4. *quæſt.*18. *artic.*10.
*num.*103 *&* 104.*Rota Romana coràm*
*Ludouiſio d.deciſ.*446.*nu.*12.*Hodierna*
*ad Surd. d.deciſ.*128. *num.*16. *& The-*
*ſaur d.quæſt.*56.*nu.*19. quinimò *Ma-*
13 *reſcott.vbi ſupra* tenet,etiam confeſ-
ſionem debiti factam in teſtamento,
quando tamen non fuit iurata, nec
acceptata, ità quod poſſit dici factam
per modum contractus inter viuos,
adhùc per huiuſmodi reuocationem
teſtamenti reuocatam cenſeri, adeò
vt in hoc articulo nullus omninò vi-
deatur eſſe contradictor, vt dicunt
Berous,Surd.& de Prætis vbi ſupra.

Nihilominus alitèr dici poſſe vide-
batur, ex *text.in d.l. ſi iure, ff.de leg.*3.
14 vbi ſic *Pomponius* ſcribit: *Si iure te-*
ſtamento facto; fideicommiſſum tibi re-
liquero : deindè aliud poſteà fecero non
iure, in quo fideicommiſſum tibi relin-
quam, vel aliud, quã quod priori teſta-
mento,vel omninò non ſit relictum,vi-
dendum eſt,an mens mea hæc fuerit fa-
cientis poſteà teſtamentum,vt nolit ra-
tum tibi ſit priore teſtamento relictum,
quia fideicommiſſa voluntate nuda in-
firmantur ;ſed vix id obtineri poteſt,
fortaſſis idcò,quod ità demum à priore
teſtamento recedi velim,ſi poſteriùs va-
liturum ſit,& nunc ex priore teſtamen-
to fideicommiſſum ei non debeatur,etiã
ſi ijdem hæredes vtroq; teſtamento in-
ſtituti,ex priore extiterint . .

Ex quibus verbis colligi videtur,
quod licet legata, & fideicommiſſa
15 nuda voluntate infirmentur; hoc ta-
men debet intelligi dupliciter: ſcili-
cet,quod aut expreſsè,& nominatim
legata reuocantur,& eo caſu ſatis eſt
nuda voluntas; aut verò reuocantur
tacitè, & tùnc intelligantur reuoca-
ta, ità demùm quatenùs ſecunda di-
ſpoſitio valida fuerit : vndè *Bart.d.l.*
ſi iure ſummat, quod legatũ relictum
in ſollemni voluntatẽ, non intelligi-
tur tacitè reuocatum per voluntatẽ
minus ſollemnem; & dùm opponit
de *textu in d.l.etſi transferã,cum con-*
cord. reſpondet, quod illæ leges lo-
quuntur, quando teſtator expreſsè
adimit legatum in primo teſtamento
relictum; eo enim caſu licet adima-
tur in voluntate minus perfecta,non
tamen debetur, quia expreſsè con-
ſtat de voluntate reuocandi, ſecus
verò quando tacitè adimir, proùt in
d.l.ſi iure, quia tùnc ità demùm vide-
tur reuocare primam voluntatẽ vo-
luiſſe, quatenùs ſequens diſpoſitio
valuerit. Ideò cùm in caſu propoſi-
to,non poſſit dici expreſsè,& ſpecifi-
cè ademptum legatum, tùm quia ad
alium illud non tranſtulit,tùm etiam
quia non ſpecificè legatum prædictũ
reuocauit,ſed generalitèr,nempè re-
uocando quaſcumq; donationem,
teſtamentũ,& ſcripturam,&c.& con-
ſequentèr potiùs tacitè, quã expreſ-
sè: videtur non immeritò dici poſſe
ex huiuſmodi *textus* diſpoſitione ſe-
cundum *Bartoli* intellectum, nõ cen-
ſeri reuocatum legatum,ſtante inuti-
li,& minus valida, ſeù rectiùs cadu-
cata diſpoſitione,in qua prætenditur
facta reuocatio ex prædictis.

Attamen,quia terret me authori-
tas omnium prædictorum *Doctorum*,
& ipſiuſmet *Bart. in d.l.militis, §.ve-*
ranus, non audeo à communi, & ab
omnibus recepta ſententia recedere.

16 Et ne videar abſq; reſponſione ad
prædictũ *text.* pertrãſire, mihi videtur
ex eiuſdem *Bartoli* doctrina,& diſtin-
ctione facilè ni fallar adaptari poſſe:
Dicit enim *Bart.in d.l.ſi iure*: quod ſi

expresè adimatur legatum, tùnc etiã si ademptio fiat in voluntate, & dispositione inutili, & imperfecta, tenet reuocatio, secus autem si tacitè, tùnc enim intelligitur eo tantùm casu reuocasse, quatenùs secunda dispositio valida sit. Sed equidẽ ipsemet *Bart.* aperit quando dicatur tacitè ademptum legatum, & respondet, quando aliud condidit testamentum, vel aliã vltimam voluntatẽ, ea ratione, quia
17 aliam dispositionem faciendo, videtur tacitè reuocare primam, licet in ea expresè non dicatur, quod reuocat, & annullat primam, per *text. in §. posteriore, Instit. quib. mod. testam. in-*
18 *firm.* nemo enim decedere potest cũ duobus testamentis æquè validis, vt dixit *Gloss. in d. §. posteriore*, & ideò tacitè dicitur facta reuocatio primi testamẽti per actum facti, aliud scilicet condendo; & hoc casu si secundum testamentum fuerit inualidum, & non iure factum, procedit opinio *Bartoli*, quod non reuocatur legatum factum in primo, quia intelligitur ità demùm à priori recessum, quatenùs posteriùs valuerit, & procedit *text. in d. l. si iure:* At quando testator extra
19 testamentum, & per alium actũ expressum, primum testamentum reuocauerit, dicendo illud reuoco, casso, & annullo: tunc quia voluntas est clara, & de ea expresè ex verbis cõstat, licet fuerit in minus sollemni dispositione; tamen quia de expressa voluntate reuocandi non ambigitur, legatum dicitur reuocatum, etiã quod ille actus minus sollemnis videatur, illa ratione, quia legata, & fideicommissa nuda volũtate adimuntur, licet non institutio, quæ sollemnem, non nudam requirit dispositionem, & procedit *text. in d. §. ex eo autem, & d. §. veteranus, cum concord.* & ità post *Bart. & Cin. in l. nostra, nu. 3. C. de testam.* videtur distinguere, & declarare ingeniosissimus *Ant. Fab.* & subtilissimus iuris arcanorũ indagator *de error. prag. d. decad. 39. err. 10. num. 1. & seq.* vbi ità prædicta iura conciliat.

Benè verum est, quod hoc casu legata non intelliguntur reuocata ipso iure, sed ope exceptionis, per *text. in d. l. 3. §. vlt. in fine, ff. de adim. legat.*

Hinc *Bart. in d. §. veteranus*, per illum *text.* dicit ex hoc inferri, quod si legatarius steterit in possessione, repelletur hẹres petens, exceptione doli, quasi nec ipse hæres ex dicta reuocatione habere videatur voluntatem defuncti, & è contrario si hæres possideat, repelletur legatarius petens, ope exceptionis, quia ex ipsa reuocatione nõ habet voluntatem defuncti, ex *d. §. veteranus*, vbi *Paulus* siue sit *Papinianus* asserit, quod exceptio sumit vires ex persona petentis, quia in pari causa potior est conditio possidentis, quam etiam opinionem tenuit *Facchin. d. lib. 4. cap. 8. lit. D. vers. sententia, & Barry lib. 10. num. 33. in fine*.

Sed idem *Anton. Faber d. decad. 39. err. 8. num. 7. & seq.* & meliùs *num. 9.* id intelligit fauore hæredis tantùm, quia regulariter ille possidet, & legatarius petit, vndè obstat ei exceptio doli, quia non habet voluntatem defuncti, sed hoc, ait non procedit contra hæredem, qui licet nec eam habere videatur, tamen hoc plus est in
20 hẹrede, quod & reus, & possessor est, quisquis .n. possidet, hoc ipso quod possidet plus iuris habere dicitur, quã qui non possidet, *l. 2. ff. vti possid.* præterquàm quod hæres non potest à legatario doli exceptione submoueri, quia subsistente testamẽto quòad hẹredis institutionem, habet hæres ius retinendæ hæreditatis, quam etiam opinionem, tenere etiam videtur *Cuiacius in lib. 6. responsor. Papin. in d. §. veteranus, in fine*, vbi explicat, quod si non agat legatarius, sed hæres repetendo legatum, quod per errorem forsitan, ommissa exceptione doli mali, qua vti poterat, soluit, tùnc inquit

Cuiac.

Cuiac. exceptionis vires, quam legatarius opponeret hęredi, non extimãtur ex persona actoris, sed rei, ideſt legatarij, per *text. in d. l. qui ex liberis, §. vlt. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* quod videtur multum obſeruandum.

Ex his igitur videbatur, per dictã reuocationem expresſè in donatione facta filio contemplatione matrimonij contentam; fuiſſe reuocatum legatum duc. 100. mil. in beneficium proximioris de familia relictum.

Verùm fuit nouitèr adductum in facto: quod Marchio Speclæ pater in anno 1631. mortuo Franciſco filio, & donatario; expresſè prędictam donationem eidem factam reuocauit vnà cum omnibus, & ſingulis in prædictis cauthelis contentis, publico medianre inſtrumento. Ex quo dici poterat, quod cum ipſam reuocationem teſtamenti, & legati caſſauerit, & annullauerit, videbatur mutaſſe reuocandi voluntatem, & ex recenti teſtatoris iudicio, reconualuiſſe primum teſtamentum, omniaq; in eo contenta, quę per prius fuerant quãuis expresſè reuocata, & poſſet hoc caſu, replicare legatarius, quod non obſtet ei exceptio doli mali, quaſi non habeat voluntatẽ defuncti, quia potiùs habet ex reuocatione reuocationis, & conſequentèr debeat in ſua actione obtinere.

Nihilominus hoc non obſtante adhùc videbatur poſſe de hoc dubitari, ex eo quia ità demùm reuocatio reuocationis teſtamenti firmat illud,
22 ſi eo animo fiat, vt primum teſtamentum ſubſiſtat, alioquin ſi alia de cauſa reuocatio infirmetur, non tamen primum teſtamentũ firmũ remanebit, vt decernere videtur idẽ *Papin. in d. l. qui ex liberis 11. §. teſtamento, ff. de bon. poſſ. ſecund. tabul.* ibi: *ac ſupremas tabulas incidiſſet, vt priores ſupremas relinqueret*, alioquin ſi non hoc animo fiat reuocatio, non reconualeſcet primum iàm reuocatum, vt refert idem *Papin.* ſiue *Paulus in d. l. militis, §. miles, ff. de milit. teſtam.* quod etiam optimè explicat *Cuiac. in d. l. qui ex liberis, §. vlt.* vbi aſſerit, quod ſi in nuda tantùm voluntate, recens iudiciũ teſtatoris conſiſtit, velle ſcilicet valere primum teſtamentum, non tamen illud reſtituitur, cum vltima, & ſuprema voluntas neq; conſtituatur, neque reſtituatur nuda voluntate, & comprobat idem *Anton. Fab. in lib. 10. coniectur. cap. 18. col. 2. & 3.* vbi tamen tenet, quod ſufficiet per teſtes, vel alias coniecturas probare, reuocationem reuocationis fuiſſe factã eo animo, vt primum teſtamentum validũ, firmumq; remaneat, licet de proba-
23 tione per teſtes aliqualitèr dubitet propter falſitatis ſuſpitionem, argumento *tex. in l. diuus, ff. de milit. teſtam. in fine*, vbi *Iureconſultus Florentius* aſſerit: *Non difficulter, poſt alicuius mortem, teſtes exiſtere poſſe, qui affirmarent ſe audiuiſſe dicentem aliquem relinquere ſe bona, cui viſum ſit, & per hoc indicia vera ſubuerti*; & ideò vt ad rem noſtram redeamus, hoc caſu, ad legitimos ab inteſtato hæredes pertinebit, nec poterit hæres primus, ſiue legatarius exceptione ſe tueri, quaſi habuerit teſtatoris voluntatem ex reuocatione reuocationis; quia non ideò quod reuocationem caſſauit, videtur voluiſſe primũ teſtamentum valere, niſi id voluiſſe aliter oſtẽdatur, vt diximus, & probat idem *Anton. Fab. d. decad. 39. err. 7. num. 11. & ſeq.* & meliùs *num. 22.* vbi docet, quod Prætor Iudex, bonorum poſſeſſionem ex primo teſtamento hæredi ſcripto daret, niſi adeſſet reuocatio, ex qua exceptio oritur, primum ſcilicet eſſe ruptum, & abrogatũ: ſubdit, niſi probetur ea mente fuiſſe reuocata reuocatio, vt primæ tabulæ teſtamenti valerent, tùnc enim ipſa doli exceptio contra opponentẽ retorqueretur: cùm multò minus ipſe habere videatur teſtatoris voluntatem, dùm conſtaret illum voluiſſe cum priore teſtamento decedere, non quaſi hoc caſu

casu testamentum illud prius, quod semel iure ruptum per reuocationẽ fuit, iterum ex noua, & nuda voluntate possit reconualescere, sed quia illo etiam manente rupto, dari nihilominus potest bonorum possessio ex noua voluntate defuncti, si ità reuocationem deleuerit, vt primum testamentum valeret, aliàs si simplicitèr, & non declarata voluntate, cur id faceret; obstaret ei exceptio doli mali, & latiùs *num.* 23. vbi optimè explicat, & benè etiam *Cuiac. in d. l. qui ex liberis*, §. *vlt. ff. de bon. possess. secund. tabul.*

Ex quibus omnibus videbatur nõ bene posse procedere Aloysij prætẽsio, circà validitatẽ legati duc. 100. m. sibi in testamento relicti, dùm aliundè non constabat eo animo reuocationem fuisse abrogatam, vt primum testamentum, & in eo contenta valerent.

Sed melius considerando videbatur ex alio legatum posse substineri, nec dici posse reuocatum per illam generalem testamenti reuocationẽ, in prædicta donatione contentam.

Quoniam ex facto non obscurè colligebatur prædictam testamẽti reuocationem fuisse factam fauore, & contemplatione ipsius filij, in cuius personã fuerat collata donatio prædicta, in qua continetur reuocatio, & consequentèr non ad alium finẽ, nisi vt magis donatio, scù refutatio viribus subsisteret, & ne testamentaria dispositio prædictæ donationi contradiceret.

Hinc sequebatur, quod quãdo re-
24 uocatio, & cassatio fuit facta ad vnũ finem, tunc illo cessante corruit, per regulam *l. generalem, C. de Episcop. & cleric.* Ideòq; cum reuocatio fuerit facta ad finem validandi donationẽ, & quatenùs testamentum donationi contradiceret, & sic in consequentiã, & accessoriè pro maiori ipsius donationis munimine: dùm donatio deindè euanuerit ob prędecedẽtiã ipsorũ donatariorũ, quorum contẽplatione fuerat facta donatio, sequebatur necessariò, quod etiã ipsa reuocatio in ea contenta, & ad illum finem confecta cessare deberet, ideò dixit *Alberic. in d. l. sancimus sub num.* 5. quod reuo-
25 catio primi testamenti facta ad finẽ vt secundum magis valeat, proùt sẽper fieri solet, si nõ valeat secundum cessat etiam ipsa reuocatio per *d. l. si iure*, & latiùs notat *Argel. de acquir. possess. quæst. 6. artic.* 10. *num.* 196. & latissimè *artic.* 13. *num.* 359. & 362.

Hinc etiam videmus, quod clausula *cassans, & irritans, &c.* intelligi-
26 tur posita accessoriè ad donationem, & ideò non operatur extentionem in alijs, sed tantummodò, censetur apposita ad conseruationem illius actus, super quo interponitur, ex regula, quia clausulæ accessoriæ principalem dispositionem nõ ampliant, nec extenduntur ad extranea, *Dec. in consil.* 500. *num.* 8. & *seq.* Item clausula derogatoria *non obstantibus*, & similes, non augent gratiam, & dispositionem, sed tantùm ad confirmationem actus censentur appositæ, neq; ad alia porriguntur dixit *Roman. in consil.* 498. *num.* 19. *vers. quinta ratio*, vbi latè *Mandoss. in verb. dilatare*, *Marta de clausulis, clausula* 21. *sub n.* 7. vbi allegat *Calderin. in consil.* 1. *de rescript.* & *consil.* 1. *de priuil. Bald. in consil.* 81. *lib.* 1. & benè *Cardin. Tusc. lit. C. concl.* 312. *num.* 11. & *seq.* & dixit etiã in simili, idem *Calderin. in consil.* 278. *alias* 2. *de empt. & vend.* quod clausu-
27 la, *si plus valet donat* in propriè dicitur donatio, ideòq; non requirit insinuationem, quia sequitur naturam vẽditionis cui accessoriè, & ad maiorem illius contractus validitatem cẽsetur apposita, & propterea non immeritò possemus dicere, quod huiusmodi reuocatio testamenti, in prædicta donatione contenta, non fuit facta principalitèr ad finem reuocandi legatum prædictum speciale fauore familiæ, nec eo animo, vt verè reuo-

caretur

caretur testamentum, & singula in eo contenta, sed solùm ad confirmandam, & validandam donationẽ prædictam, ad quod optimè cõfert, quod ex *Bartolo in l. rem legatam, num. 9. & 10. ff. de adim. legat.* cõsiderat ad propositum *Gerius Spino in consi. 75. n. 11.*

28 Quod per generalem donationem sequentem, non censetur reuocatum legatum speciale præcedens, quia generalis donatio sequens, non censetur ea intentione confecta, vt reuocetur legatum speciale anteà factum ex multis quos adducit, præcipuè fauore familiæ, & ideò addit in terminis nostris omninò videndus *nu. 27.*

29 quod clausulæ derogatoriæ in dicta donatione adiectæ, per quas censetur sublatum omne ius quæsitum alteri ex præcedenti dispositione, non videtur obstare, quia illæ solùm operantur quòad ea, quæ contrariantut dispositioni, in qua adiectæ fuerunt, vt in casu nostro: Reuocatio enim hæc fuit facta, quatenùs testamẽtum

30 esset prædictæ donationi contrariũ, & non aliter; cassatio namque, & reuocatio restringitur ad causam cassationis, *l. cancellauerat, ff. de his, quæ in testam. del.* & declarat *Bart. in d. l. si iure, num. 4.* quem sequitur *Bertrand. in consi. 281. num. 2. lib. 2. par. 1. & consi. 151. sub nu. 5. lib. 3. par. 2. Ruin. consi. 16. num. 21. lib. 2.* cum alijs allegatis per *Couarr. in rubr. de testam. par. 2. sub nu. 11. in fin. in 5. conclus.* & optimè comprobat *Rota Romana par. 1. diuers. decis. 795. nu. 11. & 12. per tot.* vbi omnibus contrarijs occurritur. Cùm igitur reuocatio prędicta restringi videatur ad causam donationis, illa iàm defecta, & caducata, non poterit dici reuocatum primum testamentum, & legatum fauorabile in eo relictum, cùm cessauerit causa cassationis.

Hinc dixit etiam *Peregrin.* videndus *in consi. 39. nu. 4. lib. 2.* quod quando cassatio, & reuocatio fuit facta contemplatione certarum personarum, tùnc ad alios extrà intentionẽ non porrigitur, nec illis iuuat, & ad hoc allegat *Bart. in d. l. iure, col. vlt. vers. modo ad propositum,* per *text. in d. l. cancellauerat, & in l. qui Romæ, §. duo fratres, sub num. 24. vers. ad secundum, ff. de verb. oblig.* Igitur cum hæc testamenti reuocatio fuerit facta respectu, & contemplatione certarum personarum, nimirùm Francisci filij, & ex eo nepotum in dicta donatione contentorum, ad finem vt illis bona donata plenè, & absq; vlla exceptione, & onere acquirerentur, quia per eos conseruabatur familia: illis iàm

31 prædefunctis viuente ipso Marchione donante, qui illis successit, & consequentèr cessante causa donationis, cessare etiam debet ipsa testamenti reuocatio; præcipuè cum paciscentium non interfit, vt illa ad alios non contentos in donatione porrigatur, vt bene considerat idem *Bart. in d. l. si iure,* ad *text. in l. & hæredi, § fin. ff. de pactis,* & aduertit *Peregr. in d. consi. 39. num. 4.*

Cęterum illa conclusio superiùs firmata, quod reuocato primo testamento, si iterùm reuocatio aboleatur, non tamen reconualescat primũ, nisi reuocatio reuocationis eo animo fiat, vt primum reuiuiscat, ex *d. l. qui ex liberis, §. testamento, ff. de bon. possess. secund. tabul.* procedit qoando mutatio voluntatis fuit absolutè, & simplicitèr facta: tunc enim licet deindè reuocationem testator cassauerit, non tamen reconualesceet prima, nisi expresse illa voluntas confirmetur, vel expresse constet ea mente reuocationem irritasse, vt primum testamentum vires reassumeret, quia hoc casu non ad hæredes scriptos, sed ad venientes ad intestato pertinebit hę-

32 reditas. Secus autem si reuocatio, & cassatio testamenti fuit conditionalis, putà si actus in quo, & per quem facta fuit, suum fortiatur finem, & effectum: tùnc enim si actus in quo fuit facta reuocatio non subsistat, vel caducus efficiatur, substinebitur pri-

ma voluntas, à qua non fuit per te-
ſtatorẽ receſſum, niſi quatenùs actus
ſequens ſuum ſortiretur finem: Ideò
cùm in caſu noſtro reuocatio primi
teſtamenti non fuerit ſimplicitèr, &
abſolutè facta, ſed contemplatione
33 filij, & nepotum, & ad confirmandã,
& validandam donationem, & con-
ſequentèr videatur habuiſſe in ſe ta-
citam illam conditionem, ſi actus il-
le, nempè donatio, in qua fuit facta,
ſuum ſortiretur effectum, ſequitur
caducata, & defecta dicta donatio-
ne ob mortem filiorum, accedente
etiã expreſſa reuocationis abolitio-
ne, concludendum eſſe reconualuiſſe
primum teſtamentum, ac legatum in
eo contentum, etiam quod expreſsè
non appareat confirmatum, quia non
ſimplicitèr, ſed ſub illa tacita condi-
tione, ſi donatio ſuum obtineret finẽ,
fuerat reuocatum, vt optimè ad pro-
poſitum conſiderat eadem *Rot. Rom. par.1.diuerſ.d.dec.795.n.15.19.& 20.*

Demùm videtur etiam dici poſſe,
quod annullata reuocatione recon-
ualeſcant etiam primæ tabulæ teſta-
menti, quàmuis teſtator expreſsè nõ
dixerit velle primum valere, vel hoc
animo reuocationem irritaſſe, & hoc
fauore perſonarum, in quarum be-
neficium fuit facta diſpoſitio. Quo-
34 niam certum eſt hæredes inſtitutos
cenſeri prædilectos à teſtatore veniẽ-
tibus ab inteſtato, quia dùm illos in-
ſtituit, & præferri voluit, videtur præ-
35 dilexiſſe; *Imola in l.peto, in princ.de legat.1.et Fuſar.q.468.n.28.* ità etiã lega-
tarius in re legata cẽſetur eadẽ ratio-
ne prædilectus, nedùm veniẽtibus ab
inteſtato, ſed etiã ipſis hæredibus in-
ſtitutis: Igitur quando teſtator reuo-
cationem teſtamenti caſſauit, videtur
hoc feciſſe potiùs contemplatione
hæredum in primo teſtamento inſti-
tutorum, ac præ cæteris contempla-
tione legatariorum inibi contento-
rum ratione prædilectionis, quam ve-
nientium ab inteſtato, quia præſum-
ptio admiſſa fauore hæredum ab in-teſtato venientium, tollitur à prædilectione hæredum, & legatariorum, præcipuè de familia, ità perbellè hãc conclusionem intelligit *Soccin. iunior* omninò videndus *in conſ.106.nu.37. verſ.pro qua opinione, lib.1.* & eum ſequitur optimè *Cephal.in conſ.519.nu.27.& per totum*, & maximè quia diſpoſitio fuit ſatis fauorabilis fauore familiæ, pro qua facit etiam *Cuiac.in d.§. veteranus*, per illum *text.* cum enim ibi ſtatuerit Iureconſultus, legata nuda voluntate adimi poſſe, ſubdit, non quidem ipſo iure, ſed exceptione doli mali legatarios petentes ſubmoueri, & eius quidem exceptionis vires ex perſona petentis extimari. explicat *Cuiac.* ideſt ex perſõna legatarij, qui legatum petijt actione ex teſtamento, nàm ſi talis ſit perſona legatarij, vt veriſimile ſit teſtatorem omninò præſtari voluiſſe ſiuè ex teſtamento, ſiuè ab inteſtato, vtputà ſanguine coniunctus, vel à teſtatore dilectus, eo caſu nullæ erunt vires exceptionis doli mali, & legatarius conſequetur legatum, quod etiam appoſitiſſimè ſequitur *Barry de reſolut.teſtam.lib.10.num.33.in fine*; vbi notabilitèr aſſerit, quod licet per ſimplicem teſtamenti reuocationem, cenſeantur abolita legata, & fideicõmiſſa in eo relicta per *d. l.3.§.vlt.& l.ex parte, de adim.legat.cum concord.* hoc tamen intelligi debet de legato relicto extraneo, ſecus ſi coniunctus fuerit teſtatori, eo enim caſu non reuocabitur legatum per ſimplicem teſtamenti reuocationem, ſed cogetur hæres illud præſtare, & allegat *d.§. veteranus.* Ex qua notabili doctrina videtur optimè decidi caſus de quo agitur, vbi ne dùm tractatur de legato relicto ſanguine coniuncto, ſed propinquiori de familia, & pro illius conſeruatione, cui veriſimilitèr ſi teſtator fuiſſet interrogatus, ſoluẽdum omninò legatum reſpondiſſet in caſu per eum conſiderato, quo prædefuncto filio maſculo, eiuſq; filijs ſucceſ-

ſiſſet

fisset Margarita filia, proùt successit:

Hinc etiam videmus, quod licet testamentũ imperfectũ; quod quidẽ valet inter liberos, non habeat locũ quòad legata, & fideicommissa extraneis relicta, quæ non debentur; secus tamen decernitur quòad relicta propinquis, vel vxori, vel alumno, alijsq; personis, quibus verisimile est testatorem omnimodò præstari voluisse, vt obseruat idẽ *Cuiac. in exposit. nouell.* 107. argumento *text. in l. in testamento, ff. de fideicom. libert.*

Nec illa donationis reuocatio fuit superuacanea, sed facta ad finem vt per priùs disposita suum sortirentur effectum, ideòq; nedùm donationem reuocauit, sed omnia, & singula in ea contenta, inter quæ aderat testamenti reuocatio; & propterea videtur ex ea de enixa testatoris voluntate constare confirmandi per priùs disposita; & signantèr legatum, seù fideicommissum prædictum, licet tacitè, & nuda voluntate; nàm sicut nuda voluntate adimuntur, ità etiam tacitè, & nuda voluntate reintegrantur, *d. l.* 4. *de adimend. legat.* latè *Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 5. *nu.* 18. & ponderat *Achill. Pedroca in consi.* 8. *num.* 139. *& seq.* & præcipuè concurrente sanguinis coniunctione, & fauore familiæ, vt dixit idem *Cardin. Mantic. d. lib.* 12. *tit.* 4. *nu.* 8. *vers. quod si, & num.* 9. & idem *Pedroca nu.* 142. stante etiam clausula codicillari apposita in primo testamento, per quã hæredes ab intestato grauati censentur præstare legata, *l. fin. §. illud quoq; C. de codicillis*, & quàmuis clausula illa nõ operetur reuocato testamento, vt dixit *Bart. in l.* 1. *quæst.* 15. *in fine, ff. de iure codicillorum*, tamen reuocata reuocatione facile reuiuiscit clausula, & legata substinentur, vt benè ponderat *Cephal. in d. consi.* 516. *num.* 33. *& seq. lib.* 4. vbi allegat *Durand. de arte testandi, tit.* 6. *cauth.* 3. *in princ.*

Vltimò idem *Pedroca in consi.* 24. tenet, quod cum huiusmodi dispositio in beneficium proximioris de familia, non sit propriè legatum, sed onus, & fideicommissum substituto iniunctum, non intelligitur reuocatum ex reuocatione legati, & substitutionis, quod fundatur ex doctrina *Bart. in l. filio, §. matri, ff. de adimend. legat.* vbi in fine declarando *text. in l. si adimendo, ff. eodem*, dicit diuersum esse quãdo adimitur onus legato iniunctum, & quando adimitur legatũ, cui onus iniunctum est; nàm primo casu adempto onere, siue fideicommisso dicitur ademptum etiam ipsum legatum, ea ratione, quia onus, siue fideicommissum, videtur causa finalis, ex qua legatum fuit relictum, *l. Titio, ff. de condit. & demonstrat.* & propterea illo ademto, videtur etiam ademptum legatum, tanquàm cessante causa. Secundo verò casu, adempto legato, non videtur ademptum onus, & fideicommissum, quia legatum non fuit causa finalis, sed impulsiua fideicommissi, & probat *Bart.* ex *text. in d. l. si adimendo, ff. eodem*, vbi *Modestinus* respondit, quod si adimendo legatum, quod Mœuio relictum fuerat, fideicommissum ab eo datum, defunctus reuocare noluit, hæredes ex causa fideicommissi conueniri posse rectè probari; Vndè licet fuerit reuocatum legatum, & substitutio, nihilominus ex quo non fuit reuocatum onus, & fideicommissum ab ipso substituto relictum, illud debetur etiam ab hærede ab intestato; Et quàmuis in *d. text.* dicatur, reuocare noluit, quasi quod debeat cõstare de noluntate reuocationis, tamen *Bart. in eadẽ l. si adimendo*, dicit idem esse in dubio, vt nõ præsumatur reuocare voluisse; & sicut quando legatum transfertur in alium, transferri dicitur cum suo onere, etiam in dubio vt docet *Scæuola in l. Caio* 13. *de alim. & cibar. legat.* ità etiam quando simplicitèr adimitur, etiam in dubio debet remanere apud hæredem cum onere suo, vt in *d. l. si*

d.l.si adimendo, cum concord. in gloss. & in d.l. Caio. Et quãuis videatur contrarium decidi per *text. in l.si tibi rem certam 28. ff. de adim. legat.* tamen dicit *Bart.* quod ibi translatio non fuit facta de vno in alium, sed in eundem, vt in *d.l.si adimendo*, & in *d.l.si tibi*, & notatur per *Gloss.* in prędictis legibus; quo casu non posset aliud, illa translatio in eundem, operari, nisi fideicommissi ademptionem, ex *l.fin. de vulg. & pupill.* & notat idem *Bart. in d.l.si tibi*. Hanc igitur *Bartoli* distinctionem, sequitur etiam absq; controuersia *Menoch. lib. 4. præsumpt. 172. num. 2.* vbi allegat seipsum in *cons. 62. num. 8. in fine, & cons. 146. num. 26. & Ruin. in pluribus consilijs*; & ità determinasse dicit *Dom. de Franch. in decis. 362. per totum*, licet distinguat inter onus intrinsecum, & extrinsecum, vt est in casu nostro, ex dictis per *Castr. in l.plautius, in 2. opposit. ff. de condit. & demonstrat.* & ibi *Alber.* Quando scilicet fuit alicui relicta hæreditas, & fuit grauatus in quantitate. & indistinctè etiam *Bartoli* opinionem, sequitur *Surd. decis. 38. num. 8. & 10.* & bene etiam videndus *Barry in tit. de legat. lib. 9. de adempt. legat. num. 7.*

Ex quibus omnibus dicebamus deberi fideicommissum prædictum duc. 100. mil. Aloysio Trano vti proximiori de familia, non obstante dicta reuocatione testamenti, nulla habita ratione de alijs actibus reuocatorijs, qui allegabantur, cùm nedùm præsupponantur extorti à testatore, quo casu etiam si blandis verbis id factum fuerit, parum subsistere, probat latè *Andreol. controu. 14. 15. & 16.* verùm etiam quia non parum suspecti præsupponuntur.

Hæc causa adhùc sub Iudice est, & pendet illius determinatio in Sacro Consilio.



SVMMARIVM.

1 Bartoli *doctrina* in l.si quis hæredem, C. de institut. & substit. *refertur*.

2 *Verba si quis ingressus fuerit Monasterium, debent intelligi, quod habeăt effectum iuris; & consequentèr quod professionem emittat*.

3 *Legatum sub conditione si Monasterium intrauerit, non dicitur purificatum si monasteriũ intrauerit, sed deinde exiuerit*.

. . *Verba enim debent intelligi cum effectu*.

4 *Professus si cum licentia à Monasterio vbi professionem emisit, exiuerit, & aliud intrauerit, legatũ debetur primo, non secundo*.

5 *Verba debent intelligi secundum potiorem & aptiorem significatum*.

6 *Religionem intrare, & profiteri, distinguuntur tanquàm duo diuersa*.

7 *Mens testatoris in dubio, non præsumitur fuisse alia, quam verba indicant*.

8 *Verba debẽt intelligi naturalitèr, prout sonant*.

9 *Testatoris verba redigenda sunt ad naturalem intelligentiam*.

10 *Vouens Religionem intrare, satisfacit si intrauerit, licet in ea non perseuerauerit, ex* Diuo Thoma.

11 *Conditio si ingrediatur Monasterium non est momentanea, sed successiua*.

12 *Conditio successiua continens actum, habetur pro impleta eo ipso quo impleri cęptum est, sed declara vt n. 26*.

13 *Nouitius largo modo dicitur Religiosus*.

14 *Nouitio intra probationis annum defuncto, bona acquiruntur Monasterio secundum vnam opinionem*.

15 *Verba non debent naturalitèr intelligi quotiescunq; sequitur absurdum*.

16 Diui Thomæ 2.2. quęst. 139. *dictum declaratur*.

17 *In voto stricta debet fieri interpretatio, nec extendenda*.

18 *Vouens Religionem intrare, videtur statim*

statim ex voto antecedenti ingrediens, professionem fecisse.

19 *Habitus non facit monacum, sed regularis professio.*

20 *Nouitius ante professionẽ nõ dici verè religiosus, sed habetur vti secularis.*

21 *Nouitius gaudet solum priuilegio fori, & Canonis si quis suadente.*

22 *Beneficia per simplicem Religionis ingressum, non dicuntur vacare.*

23 *Beneficium Regularibus conferri solitum, nequit conferri nouitio.*

..Quàmuis ei conferri poterit beneficium clericis secularibus conferri consuetum.

24 *Nouitius ante professionem, feudum non amittit.*

25 *Nouitio intrà probationis annum decedente, bona non acquiruntur Monasterio, sed aghatis ex decreto Sacr. Conc. Trident. licet anteà fuerit controuersum.*

27 *Hæres potest melius, quam alij, testatoris dispositionẽ dubiam declarare.*

A R G V M E N T V M.

Legatum sub conditione si Religionem intrauerit; deberi Monasterio, in quo professionem legatarius emisit, non autem Monasterio, in quo habitum suscepit.

I. M. I.

DISPVTATIO LXII.

1 Bartolus omnium magister in *l. si quis hæredem, C. de instit. & subst.* quæstionem proposuit, an legatũ alicui relictum sub conditione si Monasterium intrauerit, debeatur illi, qui intrauit, sed ante professionem intra probationis annum in sęculum redijt? & cum antesignanus ipse fuerit, ne dùm dubitãtèr proposuit, sed illam determinare noluit: Attamen deindè in *Authent. ingressi, in repetit. num. 4. & 6.* videtur illam tacitè diffinire: verba inquiẽs

2 illius *Authenticæ* debere intelligi de ingressu, qui habeat effectum iuris, non autem de simplici ingressu, & sic vt monachus talitèr efficiatur, vt non ampliùs spontè sua recedere possit, quod solùm per professionis actum consequi posse asseuerat, nàm ante professionẽ emissam, non dicitur perfectè ingressus Monasterium.

Paulus autem *de Castro in eadem l. si quis hæredem*, dicit non esse dubi-

3 tandum, quia non dicitur purificata conditio si à Monasterio exiuit, cum non dicatur intrasse, qui professionẽ non emisit, verba enim testatoris debent intelligi cũ effectu *l. 1. §. hæc verba, ff. quod quisq; iur. in alter. & l. quoties, ff. qui satisd. cogant.* & consequẽtèr de intellectuali ingressu, emittendo professionem: cuius tantam esse

4 vim asseuerat, quod etsi deindè monachus licitè, & cum Superioris licentia ab eo exiuerit, vel aliud intrauerit, remanebit tamen legatum, & bona primo Monasterio, in quo professionem emisit, nec Secundum, ius aliquod prętẽdere poterit, argumẽto *l. inter antiquã, C. de vsufr.* de quo tamen articulo vidẽda est decisio *Rot. Rom. penès Farin. tom. 3. dec. 109. et 115.*

Ità etiam absq; hęsitatione aliqua tenuerunt *Fulgos. & Alexand. in d. l. si quis hæredem*, & *Imol. in l. si substitutione, ff. de vulgar. num 4.. vers. in alia*, vbi concludit, quod ante professionem intrasse non dicitur, sed velle intrare, & propterea non erit impleta conditio, argumento *l. ampliùs non peti. ff. rem rat. hab.* firmat etiam optimè *Corneus in d. l. si quis hæredem, n. 5. & 6.* dicens *Bartolum* absq; ratione

dubi-

dubitasse, sequitur etiam *Barbat. in*
cap. in præsentia, de probat. num.114.
versic. item quæro, & ibidem *Berous*
5 *num.552.* quia verba debent intelli-
gi secundum potiorem, & aptiorem
significatum, *l.1. §. qui in perpetuum,*
ff. si ager vectigal. & l. quoties, §. idem
sermo, ff. de regul. iur. optimè idem
Berous in cons.28. num.3. & 11. vol.1.
& post *Bald. & Andr. de Barulo in l. si*
quando, C. de bon. vacant. lib.10. tradit
Riminald. in cons.447. nu.9. lib.5. Clar.
in §. testamentum, quæst.28. num.6. vbi
improprium vocat ingressum illum,
qui fit ante professionem.

Attamen *Ias. in d l. si quis hæredem,*
num.12. & 13. videtur tenere con-
6 trarium, quia intrare Religionem, &
profiteri, distinguũtur, tanquàm duo
diuersa, vt probatur in *cap. beneficium,*
de reg. iur. in 6. vnde benè dicitur quis
intrare Religionem antequam profi-
teatur, cùm non dixerit, & professio-
nem fecerit; & quàmuis dici possit
testatorem legãdo sub illa conditio-
ne si intrauerit, intellexisse de in-
gressu effectuali, scilicet cum profes-
7 sione, respondet *Iason*, quod in du-
bio non præsumitur mens testatoris
fuisse alia, quam eius verba indicant,
l. Labeo, §. idem Tubero, ff. de supplem.
leg. Bart. & idem *Ias. in l. neque profes-*
sio, C. de testam. sed simplex conditio
si ingrediatur Monasterium, non im-
portat, quod debeat professionem
emittere, nisi exprimatur, nàm si hoc
testator voluisset facile ei erat expri-
mere, *l. vnic. § penult. C. de caduc. toll.*
8 & ideò debent intelligi naturalitèr,
prout sonant *l. fin. de his, qui ven. ætat.*
impetr. l. fideicommissum, ff. de cond. &
demonstr. notat *Bald. in cons.373. nu.8.*
vol.1. vbi in testamentis sensum litte-
ralem, non fictum esse capiendum fa-
tetur: & fortè dicit *Ias.* voluit testator
inuitare eum per ingressum, vt exin-
de induceretur ad profitendum.

Sed huiusmodi quæstio, satis fuit
disputata in controuersia vertente
inter duo eiusdem Religionis Mo-
nasteria; dùm enim quidam testator
legatum filio reliquisset, vt de eo di-
sponere posset in illius Religionis
beneficium, in quam intrauerit, eue-
nit, vt ille Religionis habitum sum-
pserit in Ecclesia Clericorum Regu-
latium Ministrantium Infirmis sita
Neapoli in platea Sãcti Georgij ma-
ioris: deindè intrà probationis annũ
de Superioris licentia in aliud eius-
dem Religionis Monasterium transi-
uerit, sitam in platea Sanctę Luciæ ad
mare, ibiq; professionem emittens, in
illius beneficium de prædicto legato
disposuit. Disputabant acerrimè Pa-
tres illius Ecclesiæ, in qua habitum
regularem susceperat, illi fuisse quæ-
situm ius, statimq; Religionem in-
gressus fuerat, secundum ipsius legati
verba, quę ex doctrina *Iasonis, & Bal.*
naturalitèr, & secundum litteram de-
bebant intelligi, quibus etiam adde-
bant *Anchar. in cons.225. num.1.* vbi
9 quod in dubio testatoris verba redi-
genda sunt ad naturalem intelligen-
tiam, & alios quos refert *Mantic. de*
coniectur. vltim. volunt. lib.8. tit.10.
num.1. ad quod etiam satis conferre
videbatur doctrina *Angelici Doctoris*
in 2.2 quæst.139. quem allegat idem
Ias. in d. l. si quis hæredem, quod qui
10 vouit Religionem intrare, satisfacit
si intrauerit, licet in ea non perseue-
rauerit, & proindè purificatam dici
conditionem per simplicem ingres-
sum Religionis, dicebat etiã *Rodriq;*
qq. regul. tom.2. quæst.127. art.2. & be-
ne *Surd. in decis.303. num.7.* vbi ea ra-
tione mouetur, quia conditio huius-
11 modi si ingrederetur Monasterium
non est momentanea, sed successiua,
quod clarè probatur, cum non suffi-
ciat ingressus, nisi detur etiam perse-
12 uerantia, at conditio successiua con-
tinens actum, habetur pro impleta
eo ipso, quod impleri cęptum est, vt
probare dicit *Io. Anan. in cons.75. n.1.*
vers. præterea, vbi ideò infert, quod
post cęptum implementum transmit-
titur ad hæredes, licet aliud sit in cõ-
ditione,

ditione, quæ momento impletur, *l.vnic.* §*fin autem*, *C.de caduc. tollend.* & sequitur *Mantic. de coniect. vltim. volunt.lib.*11.*tit.*10.*num.*6.& *Surd.*latè sequitur *Gratian.in decis. Marchiæ* 35. vbi ex multis comprobat, & per ipsũmet vti arbitrum determinatum asserit.

13 Prætereà, nouitius largo modo dicitur etiam religiosus, & professus, *cap.*1.*de statu monach. Rebuff.in praxi benefic. tit. de dispens. cum regul.fact. num.*23 & *Mandos. de priuileg. ad instar gloss.*10.*nu.*22.*Gratian.d.decis.*35. *num.*15. qui post *Surdum in d. decis.* 303.*sub num.*7. fatetur, quod si nouitius intra annum probationis decesserit, quia habetur pro professo, eius

14 bona acquirũtur Monasterio, secundum opinionem *Decij*, qui communẽ dicit in *d.cap.cum præsentia, num.*73. *vers.nono quæritur*, *de probat. Anton. Gabr.de præsumpt.conclus.*12.*num.*13. cùm alijs per *Surd. d. decis.* 303.*sub num.* 8.

Nihilominus contrariũ iudicandũ fore dicebam ex dictis per *Bart. Cast. Fulgos.Imol.* & *alios*, quia verba debẽt propriè, & effectualitèr accipi, & in potiori significatu ad hoc vt cum effectu testatoris voluntas adimpleatur; quis enim tàm paruæ mineruæ erit, vt sibi persuadere possit, testatorem de simplici ingressu intellexisse, ità vt sufficere voluerit legatarium intrasse Religionem, licet deinde ab ea exierit? certè nemo. Semper enim præsumendum erit testatorem ità legasse, quatenùs Religionem ingressus fuerit, ibiq; permãserit, quod fieri nequit, nisi per professionẽ; nec

15 verba naturalitèr intelligi debent quotiescumq; sequeretur absurdum, proùt esset, si de simplici, & naturali ingressu, huiusmodi legatum intelligere velimus, nàm naturalitèr etiam dici posset, quem Monasteriũ intrasse, qui orandi, vel visitandi, vel per claustra ambulandi gratia, intrauerit, quod sanè ridiculum esset affirmare; ideòq; ciuili modo, & cum effectu huiusmodi verba intelligenda dicebamus: testator enim ideò voluit, vt legatarius potuisset disponere in beneficium illius Religionis in quam intraret, quia præsupposuit eum in ea vitam gesturum, & vsque ad mortem perseuetatutum, aliàs fuisset in odiũ eius, cum potiùs esset in fauorẽ.

16 Nec ad casum faciebat doctrina *Diui Thomæ*, ipse enim distinguit, quid vouens in intentione habuerit, dùm votum emisit, nàm si non intellexit de effectuali Religionis ingressu, sufficiet simplicitèr intrasse, aliàs

17 secus: Prętereà in voto strictè debet fieri interpretatio, nec erit extendenda, vndè cum intrauerit videtur votum impleuisse, præcipuè si absq; sua culpa, sed voluntate Superioris, vel infirmitatis exiuerit: præterquàm quod, nonnullorũ Doctorum est opi-

18 nio, quod qui Religionem ingredi vouit, statim quod ingressus fuit, ex voto antecedenti videtur professionem fecisse, vndè verè tunc secundum illorum opinionem religiosus dici poterit, ideòque satisfecisse videtur; quod non erat applicabile ad casum, de quo quætebamus, an per simplicem habitus susceptionem dici posset Religionem verè intrasse:

19 nàm certum est, quod habitus non facit monachum, sed regularis professio, *cap.porrectum*, vbi *Gloss. de regular.* & ibi optimè explicat *Hostiens. num.*13. & bene etiam *Felin.in d.cap. in præsentia, col.*18.*post medium, n.*32. *vers.nota*, & ibi *Abb.num.*44. & *Bald. num.*15. & idem *Gratian. discept. for. cap.*481.*num.*37. & latè *Episc. Campanil. in diuers.iur.canon.rubr.*12. *cap.*4. & *per tot.* post alios *Honded.in cõs.*94. *num.*4.*cum seqq.lib.*1.*Ciar.d.quest.*28. *num.*6.*Turrett.cons.*5.*vol.*6. *Episc.Riccius in praxi par.*2. *resol.*138.*sub nu.*2. & *idem in decis.Cur.Archiep.*77.*par.*2. *num.* 2.

20 Propterea Nouitius ante professionẽ, nedùm religiosus propriè dici nequit,

nequit, sed habetur vti secularis, vt notat *Felin.in cap.cum deputati, de iudic.cap.religioso, de sentent.excommun. in 6.* idē *Berous in d. cap. in præsentia, num.552.de probat. Honded. d.consf.94. nu.6.lib.1. Rodriquez tom.1.quæst.22. art.11.vers.nec euasio,* latè *Menoch. d. lib. 6. præsumpt. 84. & de arbitr. casu 436.num.21.& seq.* latè *August. Barbosa in appellat. religiosus 233. nu.21.*
21 *& seq.* nec alio gaudet priuilegio, præterquàm priuilegio fori, de quo latè per *Decian. tract. crimin. tom.1. lib.4.cap.9.num.24.Caball.resolut.crim. casu 108. in fin.num 20.*cum alijs adductis per *Carol. de Grassis de effectib. cleric.effectu 1. num.78.* & priuilegio *canonis si quis suadente*: quia licet propriè religiosus dici nequeat, aliquo tamen modo habetur pro persona Ecclesiastica, adeò vt eum percutiens, in canonē incidat, vt inquit *Hostiens in cap.statuimus, post num.4. de regular.* vbi *Bart.num.3.*& latè per *Tiraquell.de retract.lignag.* §.1.*gloss.8. num.30.*
22 Hinc etiam beneficia, quæ nouitius retinebat, per simplicē Religionis ingressum, & intrà probationis annum non dicuntur vacare, *cap. beneficium, de regul.iur in 6.* & ibi *Gemian. num.1. & seq* & si ius eligendi habeat, debet vocari vt eligat, de quo latè *Episcop.Campanil. d rubr.12. cap.3.nu.8.& de Grassis effect.4.nu.30. & seqq.*
23 Quinimò adeò vti secularis existimatur, vt eidem conferri nequeat beneficium Regularibus tantùm conferri solitum, vt habetur in *clem.quia regulares, de suppl.neglig.prælat.& clement.ne in agro,* § *cęterum.de statu monachor.* vbi hoc expresè decernitur, licet *Gloss. in d.cap. beneficium*, alitèr tenuerit; sed eo tempore non dùm erant emanatæ prædictæ *clementinæ*, vt rectè aduertit, & obseruat idem *Episc. Campanil. d.cap.4. num.20.* & è conuerso eidem conferri poterit beneficium clericis sęcularibus conferri consuetum, vt post *Franch.& Azor. & alios,* tradit idem *Episc.vbi supra, & Flamin. Paris. de resignat. benefic. lib.3.quæst.13.num.3.*

Hinc etiam si bona nouitij alienari interim contingerit, subiacere decimæ regali, dixit *Lasart. de decimis cap.19.num.50.* ex quo interim nouitius non emissa professione, verè religiosus non est, & sequitur *Rodriquez de regularib. tom. 3. quæst. 74. artic. 9.*
24 Nec etiam feudum interim amittere, concludunt *Capyc. in decis. 115. nu.13.& 14. Reg. Tapia in d. auth. ingressi, num.16.*& innumeris relatis *Carol.de Grassis d.effect.4.nu.25.& 25.*

Nec est vera illatio, quam *Surd.& Gratian.* assumunt, quod moriente nouitio intrà probationis annum, adeò considerabilis est ingressus, vt bona Monasterio, non autem proximioribus, quærantur: Quoniam licet aliqui distinguant an tempore ingressus expresè se, & sua bona obtulerit Monasterio, aut simplicitèr
25 ingressus fuerit: & primò casu teneant acquiri Monasterio; secundo verò minimè, vt est communis opinio, *Berous in cons.73.num.13.lib.1. Menoch. in cons.396.num.7.& 6. Anton. Gabr. tit. de præsumpt. conclus.12. nu.13.Regens Tapia in d.auth.ingressi, in verbo sua, num.14.& 15. de Grassis d.effect.1.num.22.Episc.Riccius d.resolut.138.per totum,* latissimè *Becius in cons.5.à num.8. cum seqq.lib.3.* & tradit *Pascal.d.par.1.cap.3.num.89.& 90.* hodie tamen nullo modo in dubium reuocari poterit, quin vtroq; casu ad proximiores ab intestato pertineant ob generalitatem decreti *Sacros.Concilij Trident.sess.25.cap.16.de regular.* ex eo quia non est propriè religiosus, vt expresè determinat *text. in d.cap.religioso,* §.*quàmuis, de sentent.excommun.in 6.* per hæc verba: *Quàmuis autem, qui Religionem ingreditur, religiosus censeri cum effectu non possit, donec sit tacitè, vel expresè professus; si quis tamen violentas manus in eum iniiciat,*

iniiciat, excommunicationis latę à canone, vinculum non euadit.

Neque illud, quod *Surd.* adducit de conditione habente causam successiuam, in casu quo agebamus, po-
26 terat procedere: Quoniam Doctores per eum allegati, loquuntur in casu, quo nouitius post ingressum decessit, quo casu cum præsumatur in eadem intentione persistere habetur conditio pro impleta, statim quo cępta fuit impleri, proùt etiā loquitur *Gratian. d. decis.* 35. sed nō potest eorum assertio generalitèr procedere: cum ex supra dictis detur instantia, in qua non potest dici quæsitum legatum ex deficientia conditionis, non obstante ingressu, nempè si exiuerit, nàm certum est ex dispositione *Sacr. Concil. Trident.* illū recuperare bona, licet per Monasterium non steterit, & tradit *Menoch. in d. cons.* 396. *per totū, & Episcop Riccius d. decis.* 77. & proptereà datur casus, quo etiam in conditione causam successiuam habente, nō præsumitur purificata, statim quo adimpleri inceperit; & ideò non mirum si contra *Surdi* opinionē decreuerit Senatus, vt ipse testatur: & magis communitèr tenuerūt Doctores, quos longa manu recenset idē *Cons. Pascal. d. par.* 1. *cap.* 3 *à num.* 81. *cum seqq. Riccius d. decis.* 77. *Menoch d. præsumpt.* 84. & latissimè in *addit. ad d. casum* 436. *nu.* 19 *& seq. & Nouar. par.* 1. *quæst forens.* 1. *tom.*

Ceterū in casu nostro dicebamus esse extra conditionis terminos, non enim legauit pater filio, si Religionē, vel Monasterium intrauerit, sed purè filio reliquit, eiusdemq; potestati commisit, vt disponere posset in beneficium illius Religionis, in quam ingrederetur; nulla igitur hic aderat conditio, sed erat in potestate filij ingredi, vel non Religionem, & sic non poterat cogi in Religionem intrare: & proptereà requirebatur actus positiuus filij tàm Religionem ingrediendo, quàm etiam disponendo de legato sibi relicto, & proptereà non poterat dici acquisitionem huiusmodi legati, pendere ex ingressu tantùm in Religionem, sed etiam ex dispositione facienda per eum. Cùm igitur filius suam voluntatem, & potestatem explicauerit tempore professionis in Monasterij beneficium, in quo illam sollénitèr emiserat, illi omninò quæsitum esse dicendū erat tàm ex suprà allegatis, tùm etiam attenta voluntate filij, in quo remissa erat dispositio, qui poterat etiam du-
27 biam testatoris dispositionem declarare tanquàm is, qui meliùs illam sciebat, ex latè traditis per *Cardin. Manticam de coniectur. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 1. *à num.* 26. pręcipuè cum illam declarauerit, proùt de iure intelligi, & declarari debebat, quo casu omninò illi standum erat, *l. si paterfamilias, ff. de hæred. instit. & §. vlt. Instit. de vulg. & pupill.*

Ità fuit resolutum in Alma Vrbe in anno 1634. vt Patres mihi retulerunt.

SVMMARIVM.

1 *Emphiteuta in venditione iurium directorum præfertur cuicumq; emptori secundum quosdam.*
.. Sicut conductor fundorum publicorum.

2 *Dominus directus, & emphiteuta dicuntur correlatiui.*
.. Ideò ad imparia iudicari non debent.

3 *Dominus directus in venditione rei emphiteuticæ omnibus præfertur.*

4 *Vassalli non alienantur inuiti.*
.. Ideò si alienentur, datur eis prælatio.

5 *Prælatio Vniuersitati conceditur etiā in affictu, & locatione.*

6 *Fiscus directus Dominus, est deterioris conditionis quam priuatus.*
.. Quia eius emphiteuta absq; illius consensu emphiteusim alienare poterit.

.. Quod etiam in Republica procedit.

.. Ea ratione quia Fiscus à quocunque pensionem petere poterit.

7 *Prælationis ius cedi non potest, quia cessionarius non præfertur.*

8 *Quilibet rem suam liberè alienare potest.*

9 *Emphiteutæ in venditione directi dominij prælatio non conceditur.*

10 *Conductor prædiorum fiscalium præfertur alijs nouis conductoribus.*

.. Ea ratione, quia potest à Fisco compelli ad conducendum.

11 *Prælatio non datur in incorporalibus, nec ius congrui.*

12 *Correlatiua quando vniformitèr non se habent, nec eadem in vno militat ratio quam in alio, diuerso iure censentur.*

.. Sicut quando generali iure, quod est sancitum in vno, non extenditur ad aliud.

13 *Dominus directus habet ius in re, imò Dominus est.*

14 *Emphiteuta autem nullum ius habet in dominio directo.*

15 *Dominus vtilis debet recognoscere dominium directum.*

.. Non autem è contrario.

16 *Prælatio Vniuersitati competēs potiùs consuetudine, quam legis dispositione fuit introducta.*

17 *Vrbanitas, siue conuenientia ad iuris necessitatem trahenda non est.*

18 *Aequitas non præfertur rigori scripto.*

19 *Iustitiæ nedùm æquitatis est, quemlibet de re sua ad libitum disponere.*

20 *Iuri communi derogari non licet.*

21 *Directus dominus nullum ius habet in censu à primo emphiteuta imposito rem emphiteuticam subconcedēdo.*

22 *Dominus directus præfertur in venditione fructuum rei emphiteuticæ.*

23 *Census est quodam ius incorporale, & abstractum, & de per se consideratū consistens in persona creditoris.*

24 *Concessio cum potestate affrancandi in pecunia, iudicatur quasi emptio, & venditio.*

.. Adeò vt in ea locū habeat ius congrui, siue protbomiseos.

25 *Primus empbiteuta subconcedendo, nibil de vtili dominio retinet, nisi censum, quia illud quod habebat, in secundum empbiteutam transtulit.*

26 *Prælatio ideò domino directo conceditur, quia debet alienationi consentire ex quadam præeminentia.*

27 *Prælationi locus non est, quotiescumq; consensus domini non requiritur.*

28 *Census in alienatione, domini directi consensus non requiritur.*

.. ideò cessat eidem prælatio.

29 Text. in l.fin. C.de iur. emphit. *declaratur.*

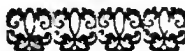
30 *Laudimium debetur domino directo, non autē primo emphiteutæ subconcedenti.*

.. Nisi alitèr in contractu subconcessionis fuerit conuentum.

31 *Dominus directus recipiendo canones, videtur nedum caducitati, sed prælationi renunciasse.*

ARGVMENTVM.

In venditione census à primo emphiteuta subconcedendo impositi, nec secundo emphiteutæ, neque domino directo prælationem esse concedendam, concluditur.



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXIII.

DVplex articulus, & quidem nō iniucundus fuit in S. C. disputatus, in causa, Ioannem Galterium inter,& Iosephum de Sācto Elia: Concessis enim in emphiteusim annis retroelapsis quibusdā domibus per quosdam de familia de Aczia, quibusdā Fratribus de Sancto Elia sub annuo canone ducatorum quindecim, fuerunt deindè domus prædictæ vna cū meliorationibus per dictos fratres denuò subconcessæ tali de Felice sub annuo censu duc. quatraginta: cum potestate tamen affrancandi in pecunia ad rationem sex pro centenario: Cumq; deindè ad instantiam Iosephi de Sancto Elia creditoris in magna quantitate dictorum Fratrum de Sācto Elia fuisset exequutus prædictus census duc. 40. & demùm ipsi Iosepho pro duc. 520. venditus, comparuit Io. Galterius, qui à prædictis de Aczia dominis directis emerat primum censum, siuè canonem duc. quindecim vnà cū directo dominio; ac etiam emerat domus ipsas emphiteuticas cum expresso onere soluendi dictos annuos duc. 40. Iosepho de Sancto Elia, proùt per biennium soluit: & cupiens domus ipsas ab huiusmodi censu onere liberare, fecit depositum duc. quingentum viginti pro affrancatione, sub pretextu, quod tanti censum prædictum emerat Ioseph; at cum obstaret ei pactum in affrancatione appositum, vt fieri posset ad rationē sex pro centenario; & consequentèr pro duc. 666. relicta hac affrancationis via: petijt prælationem sibi concedi super dicto censu ann. duc. 40. pro eodemet pretio duc. 520. quo fuerat emptus à prædicto Iosepho creditore in maiori summa dictorum Fratrum de Sācto Elia.

Hanc autem prælationem duplici ex capite sibi concedendam prætendebat: Primo vti dominus vtilis dictarum domorum. Secundo vti dominus directus illarum.

1 Quòad Primum allegabat emphiteutam in vēditione iurium directorum, siue directi dominij, cuicumque emptori esse præferendum, ex dictis per *Bart. in l. cotem ferro*, §. 1. *ff. de public. & vectigal.* vbi asserit, quod non potest procurator etiam cum speciali mandato, rem à possessore auferre, & alteri dare, si primus possessor tantum vult offerre, quantum secundus, adducit ad hoc *text. in l. congruit penult. & l. fin. §. fin. C. de locat. prædior. ciuil. lib. 11.* vbi *æquitati congruere*, inquit Imperator, *vt veteres possessores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, si facta per alios augmenta suscipiant.* Hinc deducunt quidam, etiam emphiteutam esse alijs emptoribus præferendum, quos refert *Boer. in decis. 107. num. 1.* relatus ipse à *Castillo de vsufr. cap. 74. num. 44.* idem etiam videtur tenere *Io. de Platea in d. l. congruit*, dùm asserit conductorem in paritate, esse præferendum cuicumq; licitatori, & ibi etiam *Luc. de Penna.*

2 Addebatur etiam, quod dominus directus, & emphiteuta sunt correlatiui, cùm non possit vnus stare sine altero, *Euerard. in topic. cap. à correlatiuis, num. 1. Surd. decis. 218. num. 10.* & ideò non debent ad imparia iudicari, *Gloss. in l. si in lege, §. domus, ff. locati*, cùm correlatiuorum eadem fit dispositio, *l. fin. C. de indict. viduit. toll. Ripa in rubr. ff. de acquir. possess. Tiraq. de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 171. Gabr. commun. opin. lib. 6. tit. de legibus, conclus. 3.* & latè *Aug. Barbos. axiom. 61. num. 1.* Ideò cùm certum sit in ven-
3 ditione emphiteusis, dominum directum omnibus esse præferendum, vt clarè deciditur in *l. fin. C. de iure emphit.* ergo eodem modo in venditione directi dominij emphiteuta etiam debebat præferri.

4 Item videmus, quod vassalli, qui non alienantur inuiti, vt post alios tradit *Vasq.controu.illustr.lib.1.cap.5. num.5.* ex *Gloss.in l.inuitus, ff.de fideic. libert & cap.1. §.praterea Ducatus, de prohib.feud.alien. per Fridericum*, tamen si de voluntate Principis alienentur, datur illis prelatio, ne sint de dominio alterius, vt latè per *Mastril. in cons.vnico post decis.100.num.66.& Reg.Rouit. in pragm.63.num.31. de officio procur.Cæsar.* vbi etiam in locatio-
5 ne, Vniuersitatibus prælationẽ concedi, testatur, & *Reg Sansel.lic. dec.326. num.9.* non alia ratione, nisi vt quis seruitutis, & oneris nexu liberetur; eodem igitur modo preferendus erat emphiteuta in venditione census, & directi dominij, vt ab illius onere liberaretur; æquitati enim conuenit vt quis ab obligationis nexu soluatur, & satis quidem perdurum omnibus videndum, dùm dominus directus censum vendit, non licere domino vtili, rem suam soluto pretio liberam facere, vt in puncto decisum refert *Camill.Salern.in addit. ad Consuet.Neapol.fol.326.incip. vltrà præfata, in fine, in causa Alexandri de Mielo.*

Ex alio etiã iure, prælationẽ sibi concedendã, secundo loco dicebat, nempè ex capite directi dominij, cùm enim ipse repreśẽtaret iura illorũ de Aczia, qui erant domini directi, dùm ab eis census cum directo dñio emerat, procul dubio eidẽ competere videbatur prælatio, ex dispositione *tex. express. in d l.fin. C.de iure emphit.* vbi ideò duorũ mensium spatiũ tribuitur dño ad deliberandũ, vt si dñus, quantum pretiũ ab alio re vera accipi potest, dare maluerit, ipse habeat; neq; in hoc aliqua videbatur esse dubitatio, cũ ab omnibus admittatur, nisi in duobus casibus, nẽpè Primo, si dñus
6 directus esset Fiscus, qui in hoc deterioris est conditionis, quam priuatus, quia sine illius consensu, & citrà pœnam comnussi, ipsius emphiteuta iura sua alienare potest, *l.1. C. de fund. patrimon. lib. 11.* vbi notat *Bartolus* hoc esse speciale in hypotheca Fisci. sequitur *Peregr de iure fisci lib.6.tit.5. de conduct. nu.40.* & idem in emphyteuta Reipublicæ refert *Alex.in l.si domus, § fin.de leg.2.num.6. vers.nec cõtrarium, & Innoc.in cap.litteræ, de dilation.* & nouissimè *Niger de laudimio q.7. art.7.num.78.tom.2.* quia nec Fiscus, nec Respublica gaudent beneficio *d.l.fin. C.de iure emphit.* & firma remanet venditio alteri facta, per ea, quæ refert *Francisc.Marc. decis.325. lib.1.num.4.& seq.* ideò cessat prælatio, *l.4.& seq. C.de diuers.præd.vrban. lib.11.Imol.in cap.potuit locat.num.11. vers.& potest,* vbi rationẽ affert, quia Fiscus potest à quocunq; possessore petere pensionem, *l.1. & per totam, C.fine cens.vel reliq sun.* quod non est in priuato, qui oportet agere rei vendicatione, & cõsequẽtèr probare de dominio, q est difficilis probationis, *cap.sæpè*, cum ibi notatis *de restitut. spoliat.Arnold.Ferron.in Consuet.Burdegal.tit.8.de feud.& iur.emphit.p.10. in princ.* quem sequitur *Rendell.de iure protbomis. vers per emphiteusim, nu. 19.*& nouissimè *Niger de laudim.lib.1. quæst.47.num.46.cum seq.* vbi quærit quid in emphiteuta Ecclesiæ?

7 Vel secundo; minimè locum haberet prælatio, quotiescumq; dominus directus vellet alteri cedere, quia eo casu excluderetur à prælatione, *Amad. de Ponte de laudim. quæst. 33. Tiraquell.de retract.lignag.§.26.glos.1. nu.43. Reg.de Ponte in decis.28.nu.12. Giurba decis.51.num.6.& 8.Cald.de renou.emphit. quæst.13.num.6.in fine, & Intrigliol. de feud. centur.2.artic.5. nu.998.*& latè idem *Niger lib.1. q.29. à num.34.cum seq.*

Cũ igitur cessarẽt in casu occurrẽti huiusmodi exceptiones, nullo modo dubitari posse dicebatur, quin vti dominus directus, esset in huiusmodi vẽditione prӕferendus pro eodẽ pretio, pro quo emerat Ioseph de sãcto Elia.

Attamen neutro ex capite prælationem

tionem esse concedendam dicebam. Siquidem clarum est, nullo iure, nullauè lege caueri, in venditione directi dominij prælationem emphyteu-
8 tæ fore concedendam; & ideò standum erat regulæ, quod quilibet non prohibitus, poterit cuilibet rem suã alienare, ad *tex. in l. dudum, de contrah. empt. & l. prædia, verss. sanè si quis, C. de locat prædior. ciuil. lib.* 11. sic in puncto tenuit *Salic. in d. l. fin. in 6. col. C. de iure empht.* & ante eum tenuit *Speculat. in tit. de locato siue emphit. §. nunc aliqua, num.* 116. *verss. nonagesimot. rtio quæro,* licet de eo mentionem non fecerit *Salic.* & ibidem *Io. And.* tenuit etiam *Imola in d. cap. potuit, in* 5. *colum locati, Castr. in l. sed si hac, §. patronum, ff de in ius vocando,* & in terminis *Ias. in d. l. fin. in* 5. *quæst. nu.* 17. *cum seq. C. de iure empht. & Angel. in d. l. congruit, C. de locat. prædior. ciuil. lib.* 11 alios refert idem *Castill. de vsufr. d. cap.* 74. *nu.* 44. & optimè *Card. Mantica de tacit. & ambig. lib* 22. *tit.* 28. *num.* 2. *Tessay allegat.* 2. *num.* 199. *Burgos de laudim. par.* 3. *inspect.* 2 *num.* 4 *& seq.* vbi *additio. Mastrill. in d. conss. vnic. nu.* 88. *Cald. de extint. emphit. cap.* 12. *num.* 31. *Rendell. d. §. emphiteusim, num.* 26. *& seq.* & idem *Niger d quæst.* 25. *tom.* 2. *n.* 23. qui omnes vnanimitèr concludunt
9 nullam concedendam esse prælationem emphyteutæ in venditione directi dominij; Et licet pars ex aduerso allegauerit *Boer. in d cis.* 107. *& Specul. vbi supra*, tamen nescio quo fato illos allegauerit, cùm contrariũ expressè profiteãtur; *Speculator* enim cum pro emphiteuta nonnullas adduxisset rationes, cõcludit nihilominus contra eum per *text. in l dudum,* proùt etiam tenuit *Boer.* allegãs *Specul. vbi supra*.

Nec obstat *text.* quem ad hoc allegant *Bart. in l. cotem ferro, §.* 1. *& Boer.* & cæteri ex aduerso adducti in *l. congruit: C. de locat præd. ciuil. lib.* 11. quia præterquàm quod, *textus* ille procedit in locatione, non autem in emphiteusi, nihilominus ille *textus* loquitur in prędijs fiscalibus, vel pu- blicis, vt legitur ibi *fundorum publi-*
10 *corum*, ea ratione, quia cum possit primus conductor compelli à Fisco, remanere in eadem conductione, æquitati congruit, vt qui in vno grauatur in alio honoretur, *l. cotem ferro, §. qui maximos, ff. de publ. & vectigal.* vbi *Castr. & Bald. in l.* 1. *num.* 20. *C. de hæred. vel action. vend.* bene *Sarment. lib.* 3. *recept sent. cap.* 7. *nu.* 3. *Peregrin. de iure fisci lib.* 6. *tit.* 5. *num.* 6. & optimè alìàs differentiæ rõnes adducens *Gizzarell. decis.* 5. *nu.* 13. *& seq. et per totam*, idcò non poterat procedere in causis priuatorum, vt contra *Afflict. in decis* 238. concludit *Dom. de Franch. in decis.* 406. per *tex. in l. ne cui, C. locati,* & decisum pluries refert idẽ *Gizzarell. vbi supra, & Dom. Reg. Tapia in decis. S C.* 59. & latè de intellectu prædictorũ iuriũ in *l. congruit, & l. ne cui* agit *Anna in cons.* 77. *volum.* 1. *Hartm. Pistor. obseru.* 162. *& Gratian. discept. for. c.* 357. *per tot.* vbi quid in re Ecclesiastica dicendũ, docet. Et ideò in emphiteuta, quod nõ habeat prælationẽ, tenet post superiùs allegatos idem *Dom. de Franch. in decis.* 17. ex mente *Andr. in cap. Imperialem, §. nec dominus, col.* 5. *in fine, nu.* 46. *vers. nàm emphiteuta, de prohib. feud. alienat. per Frider.* vbi *Liparul.* & sic ipso existente aduocato decisum asserit idem *de Franch. num.* 8. & idem in *addit. ad Consuet. Si quis emit, de iure congrui* incip. *quid si emptor, fol.* 315. & ibi bonam rationem addit *Camill. Salern.*
11 quia in incorporalibus non datur prælatio, nec ius congrui; qua ratione sic etiam fuisse decisum in causa Io. Petri de Egiptijs, refert Eximius Iureconsultus *Io. Angelus Pisanellus in addit. ad d. Consued. fol.* 333. *in fine, & seq.* incip. *sumpta occasione*, refert alias decisiones *Anna in singul.* 150. *& Dom de Ponte de pot. Proreg. tit.* 10. *§.* 1. *num.* 9. *Episc. Riccius in collect. decis.* 157. & idem in *decis. Archiepisc.* 27. *par.* 1.

par.1. & alibi passim, ità vt de hoc ampliùs dubitari non possit.

Nec multum officiebat ratio correlatiuorum, quia intelligitur quan-
12 do ambo correlatiua vniformitèr se habent, nec datur ratio diuersitatis, vt dixit *Abbas in procem.decretal.nu.2.* vel nisi speciali iure, aliquod in altero sit constitutum, quia tunc ad aliud correlatiuum non extenditur, vt dixit *Alciat.de verbor.signif.lib.2.nu.64. circa finem*; & ideò cum speciali iure hoc sit dispositum in domino directo, vt habetur, in *d.l.fin.C.de iure emphit.* & secundum illius dispositionẽ fuerat facta concessio, non poterat trahi ad emphiteutam, de quo nulla adest legis, nec contrahenrium dispositio:
13 Præcipuè cum in domino directo adsit disparitatis ratio; quia dominus directus habet ius in re, imò dominus est, vndè concedendo potuit apponere legem, quam voluit in re sua, *l. in traditionibus, ff.de pact.l.non vsque adeò, ff.si à par. quis fuer. manum.* & in terminis emphiteusi optimè *Corn. cons.* 24. *per totum lib.* 2. *& Cald. de extint. emphit. cap.3.num.*11.
14 Quod non procedit in emphiteuta, qui nullum ius habet in dominio directo, & ideò cessat ratio correlatiuorum, & tradit *Card.Tusc.lit.C. concl.* 1041.*num.*20. & in *concl.seq.* & refert etiam *Barbos.axiom.*61.*num* 4.*in fine*, ad quod optimè conferunt, quæ scripsit *Sarmient. lib.3.recept sentent. c.7. num.*4. vbi hoc interesse ait inter dominum directum, & vtilem; nàm qui
15 vtilis est, debet recognoscere dominum directũ, quia ea est natura dominij vtilis, vt directum obseruet, eique in multis deferat, non autem è contrario, quia directus non habet expectare volunratem domini vtilis in venditione directi dominij. Neque benè applicabantur ea, quæ de vassallis, & Vniuersitate opponebantur, vt præferantur etiam in locatione, quia præterquàm quod, huiusmodi
16 prælatio potiùs ex consuetudine, quam legis dispositione fuit introducta; tamen cum illa, personarum libertatem potiùs, quam rerum respiciat, non mirùm si benigna interpretatione sit adiuuanda, ex *text. in l.libertas, ff.de reg.iur.* & considerat *Mastrill.in d.cons.vnico post decis.*100. *nu.* 48. *& seq. & num.*83. & optimè *Niger de laud.tom.2 quæst.*25 *num.*24.

Decisionem autem per *Camill.Salern.* adductam, neq; obstare dicebã; quæ videbatur fundari in quadam æquitatis ratione, vt euiq; rem suam liberam facere liceret; quod etiam videbatur cõsiderasse *Boer.in d.decis.* 107. dùm asserit, quod ex quadam vrbanitate, potiùs debeat præferri primus conductor, & emphiteuta,
17 quam alius, pro eodem tamen pretio; Quoniã hęc vrbanitas, & æquitas ad iuris necessitatem trahenda non est; aliàs tolleretur cuiq; rem suam pro arbitrio vendere, & alienare, contra *text.in l.dudum, C.de contrahend.empt.* & in *d.l.ne cui, C.locati*, & ideò licet adesset æquitas, tamen cũ
18 de illa nihil in hoc casu lex statuerit; non poterit præferri rigori scripto, vt latè post alios *Monac.decis.Florẽt.*70. *num.*31.*& Card.Tusc.lit.E.concl.*312. *nu.*16. non enim debemus prætextu æquitatis, contra leges expressas iudicare, quia tùnc non æquitas, sed iniquitas dici debet, *Ias. in l quod si ephesi*, §.*interdum in fine, ff.de eo, quod certo loco, Decian. cons.*38. *num.*42. *& seq.lib.*1 *& Tusc.vbi supra nu.*17. Imò
19 potiùs æquitatem, quam rigorem continere videbatur opinio nostra, cùm nedum æquitas, sed iustitia expostulet, quemliber suo arbitrio, de re propria posse disponere, *Iniquum enim est*, inquit Caius, *ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*, in *l.non vsque adeò ff.si à parent quis fuer.manumiss.* & ità respondet *Boerio in d.decis.*107.*Castill.de vsufr.d.cap.*74.*num* 44. Pręcipuè cùm in casu nostro aliud aderat remediũ rem liberam faciendi, ex potestate

scilicet

scilicet affrancandi, vndè non erat ei permictendum ad hoc prælationis remedium recurrere, quod est
20 contra ius commune, cui derogari non licet, *cap.cum dilectus, de consuetud. l.vt gradatim,§.e.si lege,de muner.& honor.* & latè *Gabr.comm.opin. tit.de legibus,concl.1.per tot.* maximè in præiudicium tertij,& ideò non mirū, si contra præfatam decisionē per *Salern.* allegatam,pluries fuerit per S.C. iudicatum,vt diximus ex *Pisanello,& de Franchis*.

Neque Secundo loco prælationē prætendere posse dicebam ex capite directi dominij,quàmuis enim verissimùm sit, domino directo prælationem concedi in venditione rei emphiteuticæ, siue meliorationum, per *text.in d.l.fin.C.de iure empbit.* ideòq; per duos menses ante, esse requirendum deciditur, ad finē vt si libuerit, rem ipsā habere, cæteris præferatur, aliàs bimestre elapso, quilibet res vendere pro arbitrio poterit soluto laudimio: Sed huius legis decisio nō non erat applicabilis ad nostrā hyppothesim, non enim fuerat vendita res emphiteutica, vel meliorationes in ea factæ, vel vtile dominium, in quibus casibus vigore *d.l.fin.* directo domino prælatio competeret; sed versabamur in venditione census per primum emphiteutam appositi, rem illam secundo emphiteutæ subconcedendo, super quo quidem censu
21 nullum omninò dominium, directus dominus habere videbatur.

Nec ea, quæ pars ex aduerso ex suo capite nihil allegans,adducebat, obstare videbantur,scilicet quod dominus directus, nedùm super re emphiteutica, sed super fructibus, imò pretio illius, iura dominicalia poterat exercere, & consequentèr super dicto censu,qui erat pretium rei emphiteuticæ.Quoniam quod fuerit dominus rei emphiteuticæ, bene dicebat, quia ipse cōcessit, & etiam quod ius haberet super fructibus, quia proueniunt ex eadē re, & ideò in eis
22 præferri debeat,prout quilibet alius dñus in venditione fructuū coloni, secundum *Bart.in l.1.in fine,C.de metall.lib.11.Roman.in l.1.num.7.ff solut. matr.& Ias.in d.l.fin.nu.11.C.de iure empbit.* & latè *Couarr. lib.3.var.c.14. num.6.* & similitèr quod iura dominicalia super meliorationibus exercere valeat, quia cedunt solo,vt dicunt omnes in *d.l.fin.* Sed quod possit hoc ius dominicale super censu exercere, nemo Doctorum, quos adhùc viderim hoc dixit; census enim non consistit in rebus soli, sed prorsus incorporalis,inuisibilis,& impalpabilis iudicatur, *Couarr.lib.3.variar. cap.7. num.2.in fine,Burgos de laudim.par.2.*
23 *inspect.20. num.30.* & est quoddam ius abstractum, & de per se consideratum, consistens in persona creditoris,dixit *Bald.in l.iubemus,in princ. C. de sacros.Eccles.clem.exiui, §.sed cum malui,de verb.signif.* & facit *Aret. in cons.10.post num.1. vers. hic tamen*; & ideò nullum ius,dominus directus super eo habere videtur; aliàs dominus directus veniret præferendus in qualibet alienatione annuorum introituum facienda per emphiteutam super re emphiteutica, quod nullo iure cauetur,nec aliquis dixit, Neq; census huiusmodi in aliquo differre videtur ab emptione annuorum introituum, nàm cum res ipsa concedi-
24 tur sub annuo censu, affrancabili tamen in pecunia,dicitur tùnc emptio, & venditio,neque aliquod ius dominicale remanet,adeò vt in ea locum habeat ius congrui, siue prothomiseos, quod quidem in concessione in emphiteusim perpetuam,locum non haberet,vt post *Napodan.in d.Consuet. Si quis emit,in verbo emit,* tradit *Dom. de Francb.in decis.392.* ex dictis per *Afflict. in decis.72.* vbi *Vrsill.* & facit
25 *Anna in singul.295.* Neque primus emphiteuta, qui dominus vtilis est, si rem ipsam subconcessit sub annuo censu,redimibili tamen in pecunia,

rema-

remanet dominus, quia illud dominium vtile, quod habebat, in secundum emphiteutã transtulit, vt docet *Molin. Iesuita de contractib. disp.*471. *num.*5. & sequitur latissimè *Amic. de iur. emphit. quæst.*83.*per tot.* & ideò remanet tantùm creditor illius annui census redimibilis, quod nil aliud est nisi emptio annuorum introituum cum pacto de retrouendendo, & propterea nulla poterit prælatio domino directo competere in venditione illius, cum sit quodam ius incorporale, vt dicit *Molin. vbi supra num.*8. *&* *Amic. num.*11. & nihil commune habet cum re emphiteutica.

Præterea datur domino directo prælatio, ex eo quia debet alienatio-
26 ni consensum præstare, ratione quadam superioritatis, & præheminentiæ, vt habetur in *d.l.fin.C.de iure emphit.* ideòq; data licentia alienandi in principio, videtur remissa denunciatio aliàs de iure necessaria, & in consequentiam remissum quoq; ius prælationis, non enim ad alium finẽ domini consensus exigitur, nisi vt super prælatione deliberet, an rem ipsam velit, vel consensum alienationi concedere: Hinc colligitur con-
27 clusio ineuitabilis, quod vbicumque permissa est alienatio sine domini consensu, prælationi locus non est, vt in puncto tradit *Amad. de Ponte quæst. laudem.*27.*num.*15. & latiùs dixerat in *quæst.*14.*num.*9. & refert nouissimè idẽ *Niger de laudim. tom.*1.*quæst.*45. *num.*4. post *D. de Franch. in decis.*437. *num.* 3. *Gamma decis.* 47. *num.* 2. *&* *Amic. de iure emphit. d. quæst.*83.*nu.*12.

28 Sed certum est, nec aliquis vnquam in controuersiam deduxit in alienatione huiusmodi census, nullum requiri domini directi consensum, ideò neque prælatio eidem erit concedenda.

29 Neq; intellectus ad *text. in d.l.fin.* cuius decisionem aduersarius pro se facere contẽdebat, poterat vllo modo procedere: etenim licet *textus* decernat, emphiteuta rem ipsã, vel ius suum emphiteuticum, vẽdere volente, domino directo infra bimestre esse faciendam denunciationem, an ipse velit præferri; quasi quod illa verba ne dùm ipsam rem, sed etiam censum cõprehendere videatur, dùm dicit *textus*, *vel ius suum emphiteuticum*, sub quo dicebat comprehendi huiusmodi censũ; nàm illud ius emphiteuticum intelligitur de vtili dominio, vt optimè explicat *Ias. in d. l. fin. in* 5. *requisito, num.*13. cęteriq; ibidem: Nec verba illa adaptari possunt ad hunc censum, vt pars desiderabat; nàm cũ primus emphiteuta vtile dominiũ distraxerit, & desierit naturalitèr, & ciuilitèr possidere, vt notatur in *l. si vt certo*, §. *si duobus*, *ff. commod.* non dicitur ampliùs dominus, nec emphiteuta, ex allegatis *n.*25. ideò in alienatione facta per secundum em-
30 phiteutam, non requiritur consensus primi emphiteutæ, nec ei debetur laudemium, sed tantùm primo domino directo, vt post *Gloss. in d.l.fin. in verbo alijs vendere*, *Bart. Bald. Salic. &* *Ias.* refert latissimè omnium *Niger tomo* 1. *de laudim. q.* 10. *artic.*2. *à nu.*73. *cum plurib. seqq. & Rota in vna Romana laudimij corã Ghislerio die* 4 *Maij* 1635. quæ est *decis.*2. *post tract. de laudim. Nigri*, nisi specialitèr in contractu subemphiteuticationis fuerit cõuentum, vt in *decis.*4. 5. *&* 6. *post Nigrum in d. tractatu.* Idcircò illud ius, quod hic primus emphiteuta habet exigendi censum à secundo, non potest dici ius emphiteuticum, & propterea verba legis non adaptantur; sed intelligi debent de venditione vtilis dominij, in qua nulli dubium quin detur domino directo prælatio.

Cæterũ dùm pars ex aduerso venditionem non ignorans, per biennium, nedùm tacuerit, sed census annuos emptori soluerit, tanquàm emphiteuta, & possessor domorum, certum est sibimet præiudicium intulis-

se,

ſe, exemplo directi domini, qui lau-
31 dimia, & canones exegit, quo caſu ne dùm caducitatem, ſed prælationẽ remiſiſſe dicitur, nec poterit variare quod ſemel elegerit, vt per *Gloſſ. Panorm.* & alios *in d. cap. potuit, extra locat. argum. l. poſt diem, de lege commiſſ. Tiraquell.* latè *de retract. lignag. §. 24. gloſſ. vnica, num. 7.* vbi innumeros pro more adducit, & *num. 11.* tenet, quod per ſimplicem laudimij petitionem etiam extraiudicialem, videtur elegiſſe, vt ampliùs prælationem petere nequeat, ſequitur poſt *Ferron. & Mutam, Burgos de laudim. q. 3. inſpect. 4. num. 51. & ſeq. par. 1. et Corbul. de cauſa priuation. ob non ſolut. can. limit. 22.* Quantò fortiùs igitur in hoc caſu, in quo ſciens venditionem factam, nedum per bimeſtre, ſed per biennium, cenſus decurſos ipſemet ſoluit Ioſepho emptori, eumq; in dominium illius cenſus recognouit? Ideòq; per actum contrarium, prælationi fortè aliàs competenti renunciaſſe præſumendum erat; ad *text. in cap. 1. de diuortijs*, ibi, *Nàm ſi proclamare volueras, cur tamdiù tacuiſti*, præcipuè cum ipſemet aduerſarius, bonam fidem agnoſcens, depoſitum pro affrancatione fecerat, & deindè reuoluto mantello, prælationem poſtulauerat, quàm nullatenùs ei ex ſupradictis concedendam, dicebamus.

Die 12. Ianuarij 1629.

Facto verbo in Aula tùnc Regij Conſiliarij Sanfelicij, fuit deciſum non eſſe locum petitæ prælationi. In Banca de Ferrarijs.

SVMMARIVM.

1 *Rex Catholicus diſtinctionẽ conſtituit inter ciuilem, & criminalem iuriſdictionem per* pragm. 2. de iuriſd. inuicem non turband.

2 Pragm. 2. de iuriſd. inuic. non turb. *vim legis generalis obtinet.*

.. *Quamuis in caſu particulari fuerit emanata.*

.. *Nàm lata fuit cum aſſiſtẽtia S. C. & pro declaratione rei dubiæ vti Rex, & Dominus.*

.. *An autem reſpiciat præterita remiſſiuè.*

3 Pragm. 2. de iuriſd. inuicem non turband. *an habeat locum in M. C. V. nùm ſcilicet M. C. in criminalibus poſſit cognoſcere de omnibus criminibus, an autem ſolummodò de contentis in* d. pragm. 2.

4 *Criminales cauſæ dicuntur in quibus venit imponenda pœna in* d. pragm. *contenta.*

.. *Cætera verò ciuiles iudicãtur ex generalitate* d. pragm.

5 Pragmat. 5. de iuriſd. inuic. non turband. *generalis eſt.*

.. *Quia eſt inſerta in corpore legum Regni.*

6 *Quæſtiones circà cauſas criminales, & ciuiles procedunt de iure communi.*

.. *Sed ceſſant in Regno propter generalitatem* d. prag. *quę illas diſtinxit.*

7 *Damnum dare, maleficium eſt.*

8 *Damnum dans in vinea, vel in agro cum lata culpa, per Iudicem in ciuilibus cognoſcitur in Regno.*

.. *Quàmuis de iure communi criminalis ſit ex maleficio.*

9 Pragmat. ſanctio, de iuriſd. inuic. nõ turband *nil aliud voluit, niſi diſtinguere cauſas, quæ ad ciuilem, quæq; ad criminalem Iudicem ſpectant.*

.. *Non autem decidere, quod cauſa infra relegationem ſint ciuiles.*

10 *Pragmatica ad vnum emanata, non debet ad alium extendi.*

11. *Cauſa ciuilis eſt, cuius finis eſt commodum partis, & intereſſe priuatum.*

.. *Criminalis verò, cuius intereſſe eſt publicũ, quia publicè intereſt maleficia puniri.*

12 *Pœna corporalis dicitur criminalis, quia ex illa, nullum commodum habet pars.*

13 *Cauſa criminalis dicitur, quãdo pœna applicatur Fiſco.*

.. *Quia intelligitur vindicta eſſe publica.*

14 Cau-

14 *Causæ spectantes ad Ecclesiam Sancti Nicolai Barensis habentem iurisdictionem ciuilem in Terra Rutiliani, sunt partim ciuiles, partim criminales.*

.. Quia non sunt de exceptuatis; & id. ò præter excepta, cætera dicebantur concessæ quàmuis criminales.

15 *Pœna quando descendit ex delicto, etiã quod sit pecuniaria, dicitur criminalis, nàm origo inspicitur.*

16 *M.C.V. quàmuis habeat Iudices criminales, & ciuiles distinctos, vnum tamen Tribunal est,*

17 *Iudices M.C. in criminalibus cognoscunt de omnibus causis criminalibus generalitèr.*

.. Imò etiam de falso commisso corã Iudicibus in ciuilibus.

18 *Iudices in ciuilibus, non habent iurisdictionem criminalẽ, neq; pro puniendo coràm eis delinquentes.*

19 *Obseruantia interpretatiua nõ requirit longissimum tempus.*

.. Sed sufficit ad illam inducendam cursus decem annorum.

20 *Mutanda non sunt, quæ antiquam interpretationem habuerunt.*

ARGVMENTVM.

Pragmaticam 2. de iurisdictionibus inuicem non turbandis non procedere in Tribunali M. C. Vicariæ, in qua Iudices in criminalibus cognoscunt, etiam de causis infrà relegationem.

I. M. I.

DISPVTATIO LXIV.



INuictissimus, & immortalis memoriç Rex Ferdinandus Catholicus in anno 1515. volens controuersias dirimere, quç inter D. Ferdinandum Castriotam Ducem Sancti Petri in Galatina, & Monasterium Sãctæ Catharinæ Nouellæ Ordinis Sancti Benedicti Congregationis Montis Oliueti, illa tempestate vertebantur, circa iurisdictionem ciuilem, & mixtã, quam habere pretendebat in Casalibus Turris Padularum, Aradei, & Atheoli; cum assistentia Sacri Consilij,
1 distinctionem constituit, ciuilem inter, & criminalem iurisdictionem, & Tribunal: declarando, omnes casus, culpas, & crimina, pro quibus pœna mortis naturalis, seù ciuilis, vel mẽbri mutilatio principalitèr infligenda non venir, pertinere ad iurisdictionem ciuilem, eiusq; Officiales: In quibus verò mortis naturalis, aut ciuilis, seù membri mutilatio principalitèr veniret imponenda, ad iurisdictionem criminalem, eiusq; Tribunal spectare, & pertinere, vt litteralitèr legitur in *pragm. 2. sub tit. de iurisdictionibus inuicem non turbandis*, secundũ compilationem *Regentis Rouiti* directa Viceregi, incip. *Illustri, vel grauitèr*; & per extensum ponitur, & egregio cõmentario illustratur per *Campagn. inter Capit. Regni, post Capit. Vt delatas 235. fol. mihi 205.*

2 Huius autem *Pragmaticæ* dispositionem, generalem esse in Regno, ac legis vim obtinere, ex multis fundat idem *Campagn. in d pragm. sub num. 9. vers. sed licet aliqui*, & pro generali eam allegat *Io. de Arnono soliloq. 24.* quia fuit lata cum assistentia S.C. & pro declaratione rei dubiæ vti Rex, & Dominus, cui spectat leges condere, & declarare, vt idem Rex in ea testatur, & secundum formam *l. humanum*, vbi *Bald. C. de legibus*, & dirigitur Viceregi, Iustitiario, & Gubernatoribus Regni, vt post *Campagn.* tenet nouissimè *Dominus Marchio Belmontis Regens Tapia decis. S.C. 10. num. 31. & 32.*

& 32. vbi etiam comprobat, respicere etiam præterita, cùm fuerit per viam declarationis, de cuius materia alibi Deo Duce tractabimus.

Huius occasione fuit in M. C. Vicariæ, & S.C. in anno 1624. dubita-
3 tum an prædictæ *Pragmaticæ* dispositio locum etiam obtineret in M. C. penès quam, vtraque residet iurisdictio, ciuilis nimirùm, & criminalis, licet per diuersos Iudices exerceatur, nùm scilicet Mag. Cur. in criminalibus possit de omnibus criminibus, & delictis cognoscere, an autem de illis solummodò, in quibus iuxtà dispositionem dictæ *Pragmaticæ* venit imponenda pœna mortis naturalis, vel ciuilis, vel membri abscissionis? Porrecto enim maximo cumulo querelarũ contra Ferdinandum de Aledo Regium Gubernatorem Ciuitatis Rhegij in Prouincia Calabriæ vltra ad tollendam infinitatem, vt ipse asserebat, quæ legibus odiosa est, *cap. 2. de rescript. in 6. & l. fin. ff. de testib.* fuit instatum pro diuisione querelarum, vt ciuiles remitterentur ad Magnam Curiam in ciuilibus decidendæ.

Dicebatur autẽ per Aledum causas criminales illas tantummodò dici, in quibus venit imponenda pœna
4 in præfata Regia *Pragmatica* contẽta; cæteras autem ciuiles esse iudicandas ex generalitate illius, vt præter superiùs allegatos refert etiam *Reg. Ronit. ibidem in princ. Anna in singul. 384. & Præses de Frãch. in dec. 116.* qui pro absoluto hoc tenere videntur, quia nõ poterat dubitari, quin illius dispositio fuerit generalis, & vim
5 legis generalis obtineat, & propterea in corpore legum Regni fuit insetta, vt notat *Paris de syndic. in verbo inquisitio, cap. 2. incip. aduerte, num. 3. circa finem, vers. & vltimo sciendũ, Cassan. in cathal. gloriæ mundi, par. 5. consider. 24. num. 104. & Dom. de Franch. in decis. 43.*

Et proindè etiam, q in multis querelis veniret imponenda pœna infra relegationẽ, imò vltrà, nõ tamen erat procedendum in M.C. in criminalibus, sed erant remittendæ ad M. C. in ciuilibus.

At cum fuissem ab vno ex Dominis Iudicantibus requisitus, quid de hac quæstione sentirem; dicebam, quod licet *Campagn. nu. 9.* dicat, quod
6 quæstiones circa causas criminales, & ciuiles procedãt de iure communi, non autem de iure Regni propter generalitatem prædictæ *Pragmaticæ*, quæ illas declarauit, ac distinxit, ita vt potestatem etiam contrarium faciendi, cum nullitatis decreto sustulerit, adeò vt ipsemet *Campag. nu. 54.* asseueret, quod licet de iure communi damnum inferens in vinea, vel in agro, cum lata culpa, quo casu habet locum nedum actio *legis Aquiliæ*, sed
7 etiam actio criminalis ex maleficio, cùm damnum dare maleficium sit, *l. ex maleficio, ff. de action. & oblig.* & tradit *Bart. in l. fin. ff. de priuat. delict.* per *text. in l. respiciendũ, §. delinquunt, ff. de pœnis, & Angel. Aretin. in Instit. de lege Aquil. colum. 1. in princ.* & facit *text. in §. liberum, Instit. eod. tit.* & ideò dici possit causa criminalis, & coràm Iudice in criminalibus agitari, vt tenet *Gandy in tract. de malefic sub rubr. de aliquib. quæstion. var. in malef. col. 4.*
8 *vers. pone quæstionem*: Tamen de Iure Regni inquit *Campagn.* esse causã ciuilem, & ad Iudicem in ciuilibus pertinere cognitionem.

Nihilominus contrariũ veriùs esse affirmabã: quia licet prædicta *Pragmatica* generalis fuerit, tamen intelligitur in casu suo, nempè inter Barones habentes iurisdictionem distinctas; non autem respectu ipsius Magnæ Curiæ, quæ vnum, & idem dicitur Tribunal, & vtramq; habet iurisdictionem ordinariam, licet per diuersos Iudices exerceat; & ideò debet intelligi in casu de quo loquitur, cùm fuerit correctoria iuris communis.

Præterea prædicta *Pragmatica* nil aliud

aliud voluit, nisi distinguere causas, quæ ad ciuilem, quæq; ad criminalem Iudicem spectarent, non autem declarare, & decidere, quod verè causæ infra relegationem sint ciuiles, vt optimè refert *Carauit. in pragm.1.ad Senat.Conf.Maced. in* §.3. *num*.4.vbi expressè dicit,quod *Pragmatica Regis Catthol ici* fuit emanata ad effectum distinguendarum iurisdictionum inter Barones,qui habent in eadem Terra iurisdictionem ciuilem, & criminalem separatam, non autem quod verè essent ciuiles,& refert etiam *Capiblanc. in pragmat*.8. *de Baronib.par.2. num*.267. *in fine*, dixit enim tantummodò *Pragmatica* causas vltra relegationem pertinere ad criminalem iurisdictionem,& Tribunal, infrà autem relegationem ad ciuilem,non autem dixit illas esse ciuiles,sed remisit dispositioni iuri communi, quæ in hoc casu est attenden-
10 da: ac propterea cũ prædicta *Pragmatica* fuerit emanata ad illum finẽ, non poterat procedere in hoc casu, vbi militat diuersa ratio, & in dies contrarium experimur: cùm clarum sit Magnã Curiã in criminalibus procedere quotidiè nedùm in causis, in quibus principalitèr venit imponenda pœna mortis naturalis,vel ciuilis, vel membrorũ abscissionis, sed quælibet alia leuis pœna, vt exilij, fustigationis, remigationis, & similium, quin etiam pecuniaria Fisco tamen applicanda, & hoc ex eo quia *Pragmatica* locum minimè sibi vindicat in hoc casu, & ideò dixit *Capibl. vbi supra nu*.253. quotidiè expediri prouisiones per Collaterale Consilium, vt de quolibet minimo crimine Iudex in criminalibus cognoscat nulla habita ratione dictæ *Pragmaticæ*.

De iure autem communi, relictis nonnullis *Doctorum* opinionibus, de quibus per *Bart. in l. aut prætor*, vbi *Addentes de sepulchr.violat*.& per *Menoch.de arbitr.centur*.3.*casu* 265.quem ad hoc allegat *Reg.Rouit. in d.prag.2. de iurisd. inuic. non turband*. in principio, illa ab omnibus communitèr recipitur sententia, & distinctio,
11 quod causa ciuilis est, cuius finis est commodum partis,& interesse priuatum: causa verò criminalis, cuius finis est interesse publicum, quia publicè interest, ne maleficia remaneãt impunita, *l. ità vulneratus*, *ff. ad leg. Aquil. cap.vt fauor*, *de sentent. excom.*
12 & ideò pœna corporalis dicitur criminalis, quia ex tali pœna nullum commodum habet pars, vt dixit *Iacob.Butrigar.in l.causæ,vel lites, C de transact*. vbi etiã asserit, quod quan-
13 do pœna applicatur Fisco, causa dicitur criminalis, quia ità intelligitur vindicta publica per pœnam pecuniariam, sicut per pœnam corporis afflictiuam, seù per pœnam infamiæ, & allegat *text. in l.3. de sepulchro violato*, siverò applicatur parti, dicitur causa ciuilis,quia vertitur interesse priuatum,& ità resides *Iacob. Butrig*. quem sequitur *Andr.Barbat.in cap.testimonium, de testib.in 2.par.col.*11.*in fine Anton.de Butrio,& Dec.in rubr.de iudic. col.fin. vers.& ideò*, & pro communi refert *Maranta in praxi par*. 4. §.*deuenio,in* 1. *distinct*. & idem *Ioan. Ant.Niger*,aliàs *Campagn in d.pragm. num*.4.& 7. vbi omnes DD. opiniones reportat, & latiùs *num*.51. & refert etiam *D.de Franch. in decis*.162. *num*.16.& 17.

Hæc autem communis distinctio non tollitur per *Pragmat*. quæ non declarauit causas infrà relegationẽ esse ciuiles,cùm verè criminales sint, sed tantùm disposuit illas pertinere ad iurisdictionem ciuilem, & consequentèr ad Monasterium, eiusq; Officiales, & ideò in casu simili dixit *Dom. de Franch. in decis*.116. quem pars pro se allegabat, & ante eum clariùs dixit *Capyc.in decis*.27. Quod
14 causæ spectantes ad Ecclesiam Sãcti Nicolai de Bari, quæ habet iurisdictionem ciuilem in Terra Rutiliani, erant partim ciuiles,& partim crimi-
nales,

nales,& illę erãt omnes,exceptis illis tribus contentis in priuilegio; & in specie de exilio tēporali dicit, q̃ est criminalis, sed spectabat ad Ecclesiam,quia non erat de exceptuatis,& ideò præter exceptis,omnes aliæ dicebantur concessæ, quàmuis essent criminales,de quo latè etiam *D. Reg. Tapia in d. decis.*10. quam in dicta causa Sancti Nicolai exarauit,& *Anna in d. singul.*384. quem etiam pars
15 adducebat,asserit, quod quando pęna descendit ex delicto,etiam si agatur ad pœnam pecuniariam, dicitur adhùc causa criminalis; nàm origo inspicitur, quod etiam amplectitur *Dom. de Franch. in d. decis.*162 *num.*17. *& Capiblanc. vbi supra nu.*255.*& seq.* & subdit *Anna* obtinuisse, quod causę, in quibus veniebat imponenda pœna bannorum frumenti, & pœna incursa per Barones in Dohana menepecudũ, fuissent compręhensæ in indultu Suæ Maiestatis tanquàm criminales.

Cæterùm prędictæ *Pragmaticæ* dispositio, non poterat procedère in
16 M. C. Vicariæ, quæ licet habeat diuersos Iudices distinctos, vna tamen, & eadem est,& idē Tribunal,vtramque iurisdictionē habens: distinctio autem fuit facta pro faciliori causarum expeditione;& ideò Iudices criminales cognoscũt de omnibus cau-
17 sis criminalibus generalitèr,imò etiã de falso commisso coràm Iudicibus in ciuilibus, licet sint offensi ijdem Iudices in ciuilibus,& remittitur ad Iudices in criminalibus,quia eadem est M.C. vt dicit *Dom. de Franch. in decis.*722.*num.*19.*&* 20. *& Fabius de Anna in cons.*107.*num.*3. per doctrinã *Bart. in l. si quis obrepserit,*& in *l. diuus ff. de falsis,* & ante eos *Paris de syndic. in verbo notorium, col.*2.*vers. tamen*:
18 Quia Iudices in ciuilibus non habent iurisdictionem criminalem, neque pro puniendo coràm eis delinquentes, sed Iudices criminales cognoscunt, vt dicit *Dom. de Franch. d. decis.*722. *num.*20. Et hæc obseruantia dicitur interpretatiua *Pragmaticæ*, in qua neque requiritur præscriptio,sed tantùm longi temporis lapsus,vt per *Decian. in cons.*114. *nu.*27. *vol.*2.*& Cancer. par.*3.*cap.*19.*nu.*74. Et ideò non erant mutanda, quæ antiquam interpretationem habuerunt, *Afflict. decis.*385.*num.*1.*&* 8. vbi loquitur de obseruantia M.C. & S.C.

Die mensis Octobris 1624.

Facta relatione per Magn. Cur. in Sacr. Consil., fuit simplicitèr remissa causa ad M.C. in criminalibus, penès Secretarium.

SVMMARIVM.

1 Text. in cap. cum personæ, de priuil. in 6. *adducitur, & enucleatur.*

2 *Ordinarius habet pro se iuris assistentiam, & intentionem fundatam.*

Quicquid enim est intrà fines Episcopatus, censetur de diœcesi.

3 *Priuilegium exemptionis allegans, & exhibens, si fuerit in quasi possessione exemptionis, in ea, lite pendente manutenebitur.*

4 *Priuilegium exhibens, si non fuerit in quasi possessione in manutentionis iudicio non obtinebit.*

5 *Exemptio non præsumitur ex eo solo, quod Ordinarius non exercuerit iurisdictionem in illum, nisi probetur euenisse casum.*

6 *Præscriptionem tantùm allegans, etiã si fuerit in quasi possessione, non erit manutenendus.*

Quia ius resistit illi, & assistit Ordinario.

7 *Priuilegium, & præscriptionem allegans, debet in quasi possessione manuteneri.*

Licet priuilegium de per se non sit sufficiens, sed tantùm causã præscribendi tribuat.

8 *Præscriptio immemorabilis requiritur ad probandam exemptionẽ ab Ordinario. in qua ius commune resistit.*

.. *Vel spatium quadraginta annorũ cum titulo.*

9 *Allegatio tantùm priuilegij, siuè sufficientis, siuè colorati, non videtur satis esse ad purgandam iuris communis præsumptionem, qua Ordinario assistit.*

.. *Sed necessè est, quod exhibeatur.*

10 Tex. in l. si quis ex diuturno 10. ff. si seru. vend. *adducitur, & declaratur num.* 12. *cum seqq.*

11 *Sola possessio sufficere videtur in interdicto vti possidetis, etiam absq; titulo, & bona fide, ad* text. in cap. cum Ecclesia, de causa possess. & propr.

12 Text. in cap. cum personæ, de priuileg. in 6. *procedit quando pendet iudicium super petitorio, seù simplici possessorio retinendæ.*

.. *Secus quando agitur de interdicto vti possidetis secundum* Capyc. in decis. 209. *num.* 11.

13 *Intellectus ad* text. in cap. cum Ecclesia Sutrina, *affertur, vt procedat in diutina possessione.*

14 *Possessio diutina trãsfert onus probandi in aduersarium.*

.. *Nisi actor fundatam in iure, suã habeat intentionem.*

15 *Alius intellectus* Butrij *adducitur ad* d. cap. cum Ecclesia, & cap. cum personæ, *quem sequitur etiam* Anton. Fab.

16 *Spoliatus non est ante omnia restituendus, si spoliator suam de iure intentionem fundatam habeat.*

17 *Res qualibet libera præsumitur, & absq; seruitute.*

18 *Duplex iuris resistentia in terminis* cap. cum personæ *consideratur.*

.. *Vna simplex, siuè leuis, nimirùm quando lex non assistit.*

.. *Quo casu dicitur possessio præter ius.*

.. *Altera vehemens: quando scilicet lex non solùm non assistit, sed resistit.*

.. *Quo casu dicitur possessio cõtra ius.*

19 *In seruitutibus pascendi, aquandi, lignandi, & similibus, dicitur lex leuiter resistere.*

.. *Et in eis non requiritur exhibitio tituli veri, vel colorati.*

.. *Sed sola illius allegatio, imò sola possessio sufficit.*

.. *Cum non dicatur possessio contra ius, sed præter ius.*

20 *Præsumptio libertatis, in modica, et leui lesione versatur.*

.. *Ideò non est sufficiens ad perturbandam quasi possessionem alterius.*

21 *Possessio seù quasi iuris seruitutis, non est contra ius commune, quod non resistit fortitèr.*

.. *Sed contra quandam præsumptionem naturalis libertatis.*

.. *Ideò non est necessarius titulus.*

22 *Iuris præsumptio quando fortitèr vni resistit, & assistit alteri, vt in exemplis positis in* cap. 1. de præscript. in 6. & cap. cum personæ, de priuil. in 6. *& in* cap. ad decimas, de restit. spoliat. in 6. *non sufficit allegare possessionem absq; titulo.*

.. *Nisi illum possessor exhibeat, & per illum suam possessionẽ, seù quasi iustificet.*

23 *Regalia non possunt possideri absque titulo.*

.. *Nisi possessio illa, seù quasi iustificetur aliquo titulo saltim colorato, & præsumpto.*

24 *Ius commune si vni resistat, sed alteri non assistat, non impedit, quin ex sola possessione etiam absq; titulo, manutentionem possessor lite pendente obtineat.*

25 *Iuris illa præsumptio, quamlibet rem esse liberã, dicitur leuis, & per solam possessionem tollitur.*

26 *Dispositio* d. cap. cum personæ, *procedit non dùm cognito de iure possessoris, etiam per summariã probationẽ.*

27 *Possessio, seù quasi, etiam quod sit contra ius, quod ei resistat fortitèr, si tamen alicuius tituli præsumptione, vtcumq; probati coadiuuetur, sufficit ad manutentionem.*

.. *Nec procedit eo casu* text. in cap. cum personæ, *sed* text. in cap. cum venissent, de restitut.

28 *Immemorialis, & centenaria habet vim tituli.*

29 *Ius commune licet fortitèr resistat, si tamen possessio allegata est antiqua, sufficit ad iustificandam possessioně, vt in ea conseruetur possessor lite pendente.*

.. Quia per longum temporis spatiū purificatur vitium possessionis.

30 *Possessio decennalis antiqua dicitur.*

31 *Decretum vim tituli colorati habere videtur, & causam præbet præscriptioni.*

32 *Possessor si allegatam immemorabilem probet, manutenendus est in sua possessione, seù quasi, etiam vbi ius fortitèr resistit.*

A R G V M E N T V M.

Ius commune leuitèr resistens, vel etiam vehementèr, non impedire manutentionem lite pendente, constito de titulo saltim colorato, vel probata possessione per longum tempus, ad intellectum *cap. cum persona, de priuileg. in 6. cum concordātibus.*

I. M. I.

DISPVTATIO LXV.



1 Svmmus Pontifex Bonifacius VI I. in *cap. cum persona, de priuileg. in 6.* determinare constituens, quando quis debeat in possessione, seù quasi cōtra ius commune manuteneri, tres distinguit casus. Primum: quando quis allegans se

2 exemptum à iurisdictione Ordinarij, qui habet pro se iuris assistentiam, & intentionem fundatā, *can. omnes Basilicæ 16. quæst. 7. Rot. decis. 171. num. 2. & decis. 491. nu. 1. par. 1. recent.* quicquid enim est intra fines Episcopatus censetur de diœcesi, eadem *Rot. decis. 683. num. 1. par. 1. recent.* allegat,

3 & exhibet exemptionis priuilegium, & hoc casu si is fuerit in quasi possessione exemptionis, manutenebitur lite pendente in illa, & Ordinarius non poterit sua iurisdictione vti, licet pro se habeat iuris cōmunis dispositionem; sola enim exhibitio priuilegij non sufficit ad euitandam Ordinarij manutentioně; eo enim ipso, quod Ordinarius in sua diœcesi iurisdictionem exercet, videtur constitutus in quasi possessione quòad omnes exercendi; & ideò nisi quis par-

4 ticularem obtineat exemptionis possessionem, seù quasi, non poterit ex sola priuilegij exhibitione priuare Episcopum, & Ordinarium sua possessione, *Felin. in cap. auditis, num. 19. in 3. declar. de præscript. Menoch. de retin. poss. remed. 3. num. 135. Innoc. in cap. dilectus, num. 3. vers. possessorium, de cappell. monachor.* vbi cęteri *Canon. & Verall. decis. 306. par. 1.* vbi addit, non

5 præsumi subditum fuisse ab Ordinarij iurisdictione exemptum, ex eo solo, quod non appareat exercuisse iurisdictionem in illum, nisi probetur euenisse casum, & volens exercere fuerit repulsus, & repulsioni acquieuerit, & ideò vltrà priuilegium necessè est, vt sit in quasi possessione exemptionis, vt colligitur in *d. cap. cū persona*, ibi: *Quia de priuilegio faciunt fidem in libertatis, vel exemptionis possessione.* & censuit *Rota in decis. 491. num. 4. cum seq. par. 1. recent.* Exhibendo igitur exemptionis priuilegium, & quasi possessionem, erit manutenendus contra Episcopum sola iuris communis dispositione munitum, vt tenet eadem *Rota in decis. 447. n. 3. par. 1.*

par.1.& decis.377.num.3.par.2.recent. Secundum, quod si is alleget tantùm præscriptionem absq; titulo,vel
6 priuilegio,tùnc lite pendente, siue is fuerit in quasi possessione exemptionis, siuè non, semper Ordinarius sua iurisdictione vti poterit, donec præscriptionem allegans, illam probet, dùm enim ius commune resistit, cum Ordinarius,vt diximus, suam habeat intentionem fundatam, nil releuat contrà eum possessio, quousq; verus titulus demõstretur,ex quo ipsa possessio, seù quasi substineatur, vt latè doctissimus *Couarr. pract.cap.17.nu.9. & Guttierr.lib.3.pract quæst.19.nu.11. cum seqq.*

Tertium,& Vltimum: quãdo quis ad se eximendum,simul,& semel pri-
7 uilegium,& præscriptionem allegat, quod facere potest,vt dicunt *Anchar. Franc.G.minian.cæteriq; in d.cap.cum personæ*, & hoc quoq; casu debet is manutteneri, si in quasi possessione exemptionis existat, licet priuilegiũ per se sufficiens non sit, sed tantùm causam præscribendi tribuat,quę deindè probari debet per quadraginta annorum spatium, vt dicit *Gloss.in d cap.cum personæ,in verbo canonicam, & Burg. de Pace in consil. 4. num.11.*
8 Ad probandam enim exemptionem ab Ordinario,in qua ius cõmune resistit,ac proindè necessariũ est immemoriale temporis spatium: sufficit præscriptio quadraginta annorum cum titulo,vt per *Molin. de primogen. lib.2.cap.6.nu.52.Guttier.d lib.3.pract. quæst.62.num.12.& Cochier.de iurisd. par.1.quæst.6.num.8.* Hæc est dispositio *d. cap. cum personæ*, cui concordat *cap.1. de præscript.in 6.*

Dubium tamen non modicum facere videntur eiusdem *capit.* verba in primo casu,dùm ex eis colligitur nõ sufficere ad purgandam iuris com-
9 munis præsumptionem,quæ Ordinario assistit, allegare tantum priuilegium, siuè sufficiens,siuè coloratum; sed necessariũ etiam esse,quod exhibeatur, simplicem enim tituli, siuè priuilegij allegatione id operari non posse, vt in *versic.& si priuilegium exhibitum*,& in *vers.si verò priuilegiũ.*
10 Et tamen contrarium videtur constitui in *l.si quis diuturno,cum concord. ff. si seruit. vendic.* vbi in seruitutibus realibus,imò & in interdictis vti possidetis, etiam vbi contraria adest iuris præsumptio, non requiri titulum,
11 sed solam possessionem sufficere, decernitur, & facit *text. in cap. cum Ecclesia,de caus.possess.& propriet.*& notat *Capyc.in decis.209.num.8.vers.at contra prædicta,& num.9.* & latiùs in *decis.* 189. conferunt etiam tradita per *Innoc.in cap.cum venissent,in 4.colum. vers. item nota, de in integr.restit.* vbi ait,quod si agitur de interdicto,vnde vi, vel vti possidetis, sufficit sola possessio absq; bona fide, *l.1.C. vnde vi, & cap.ex litteris, de restitut.spoliat.*& ideò pendente lite, is, qui est in possessione in ea tuendus est,nec quæritur de bona fide *d.cap.cum venissent.*
12 Ideò idem *Capyc. in d. decis.209. num.11.* asserit *d.cap.cum personæ* procedere quando pendet iudicium super petitorio,seù simplici possessorio retinendæ, secus quando agitur interdicto vti possidetis, vel vnde vi, quasi non liceat eo casu habenti ius commune pro se, aliquem spoliare, vel turbare de facto, sed requiratur via iuris.
13 Alium intellectum post alios tradit *Ægid.Bellamer.in d.cap.cum Ecclesia Sutrina,in opposit.11.num.26.* quem sequitur ibidem *Anchar.nu.31.* quod *d.cap.cum Ecclesia* procedit in diutina possessione,ex qua purgatur vitium possessionis, quæ illegitima videbatur, cum obstaret præsumptio iuris communis in contrarium, & sic ea possessio, quæ anteà iniusta, & illegitima præsumebatur, quia contra ius commune,per longi temporis prætetitionem, incipiebat videri iusta, & legitima, ex his, quæ dixit *Iason in l.si emancipati,in 2.notab. col.2. C.de collat.*

collat. vndè qui diù in possessione, seù quasi alicuius rei, vel iuris fuerit, in ea erit tuendus, etiam cōtra eum, qui de iure fundatā habebat intentionem, cùm saltem nemo negauerit, diuturnam possessionem, onus probandi in aduersarium transferre, licet ille fundatam de iure habeat intentionem, vt dicunt omnes in *d. cap. cum Ecclesia*, & in *cap. ad decimas, de restitut. spoliat. in 6.*

Attamen hęc propositio, meo quidem iudicio, non erit tàm facilitèr admittenda, etenim cum actor non habeat intentionem fundatam de iu-
14 re, bene locum habere poterit propositio, quod diutina possessio, seù quasi transferat onus probandi, *l. 1. & l. fin. C. de probat. & l. qui accusare, C. de edendo*, idque non ex eo, quod possessor titulum, & possessionem habere præsumatur, quia cum sit facti non præsumitur, *l. in bello, §. facta, ff. ff. de captiu. & postlimin. reuers.* sed ex eo, quia actor titulo carere præsumatur, donec probauerit, & ideò in dubio pro reo iudicandum, *cap. in pari, de regul. iur. in 6.*

At quando actor suam habet intentionem de iure fundatam, non est cur possessio, in eum onus probandi transferre possit, cum satis probatam habeat, dùm iuris assistentiam in corpore iuris clausam detineat, quę omne genus probationis exuperat, & ideò hoc casu non poterit dici quod transferatur onus, sed ipsi reo, & possessori onus probandi incumbet, vt in *d. cap. cum personæ, vers. quod si tales*, & in *d. cap. 1. de præscript. in 6. & d. cap. ad decimas*, & tradunt *DD. in l. sollemnibus, C. de fide instrum. Bart. in l. si prius, ff. de oper. nou. nunc.* & ceteri communitèr per *Tiraq. de primog. quæst. 17. nu. 19. & Alciat. de præsump. reg. 3. præs. 43. in princ.*

Alterum etiam intellectum post *Ant. de Butrio in d. cap. cum Ecclesia*, refert *Tiraquell. de præscript. §. 1. glos. 4. ad finem, vers. & quamquam*, quod
15 ex diutina possessione cum scientia, & patientia aduersarij, illa quasi possessio contraria iuri communi, iusta, & legitima reddatur, quasi ex ea titulum aliquem acquirere videatur, refert etiā *Vasquez controu. illustr. lib. 2. cap. 85. num. 10.* & nouissimè *Augustin. Barbosa in d. cap. cū Ecclesia, sub nu. 11. vers. quare aduertendum*, vbi in terminis *d. cap.* ait clericos habuisse titulū, vel saltem aliquid loco tituli, & de illo constare per scientiam, & patientiam aduersarij, iuxtà regulam *text. in l. 2. C. de seruit. & l. si ego, §. 1. de publicanis*, ibi, *per traditionem, & patientiam*; ex quo titulo iustificatur quasi possessio, & hunc etiam intellectum videtur admisisse acutissimus *Anton. Faber in ration. ad d. l. si quis diuturno 10. ff. si seruit. vindic.* vbi pro titulo esse inquit, si is, qui licet nullam seruitutem debuit, seruit tamen, & passus est aduersarium vti seruitute, de quo etiam latè icemmet *lib. 19. conie̅ctur. cap. 9. 10. & 11.*

Alios & penè innumeros intellectus colligit idem *Vasquez d. cap. 85. per totum*, vbi omnes quoq; admittere videtur, dùm illis relatis, cōstituit deindè regulam, spoliatum non esse ante omnia restituendum, si spoliator habebat de iure suam intentionem fundatam per *d. cap. ad decimas*, & deindè prædictos omnes intellectus pro limitationibus adducit.

Sed de hoc satis fuit disputatum in Regia Camera, & coràm illo integerrimo *Regente Rouito*, tunc Regiæ Cameræ dignissimo Præsidente, in causa Io. Antonij Palagani cum hæredibus quond. Marci de Zerdan.

Manentibus enim Io. Antonio, & filijs vigore suorum priuilegiorum in pacifica possessione, seù quasi iuris prohibendi, ne quis posset macellari facere carnes cuiuscumq; generis in Ciuitate Trani, eiusque districtu nisi in eorum macellis; fuerunt in prædicta eorū possessione molestati à prædictis hæredibus quond. Marci de

Zerdan, sub prætextu posse ad libitum, & vbique locorum macellari; cumque per dictos de Palagano fuisset prædictis hæredibus inhibitum, allegando titulum, & possessionem immemorabilem, fuit per Regiam Audientiam Tranensem citata parte, & audito etiam Regio Fisco pro eius interesse, datus terminus in causa ad probandum incumbentia, salua prouisione facienda lite pendente, in quo termino fuit per Palaganos plenè probata possessio, seù quasi iuris prohibendi ab immemorabili tempore, præcedentibus etiam prohibitionibus, cum casus occurrisset, quibus omnes acquieuerant: Pendente adhùc termino, fuit pro parte prædictorum hæredum de Zerdan appellatum ad Regiam Cameram, & transmissis actis, fuit instatum prouideri super possessorio interim lite pendente.

Dicebatur pro parte hæredum stare pro eis dispositionē iuris com-
17 munis, quod quælibet res præsumatur libera, & absq; seruitute, ad *text.* cum materia *in l. altius, ff. de seruitut.* & notat in specie *Bart. in l. 1. §. hoc interdicto, num. 11. de itinere actuq; priuato*; & ideò cum pars haberet iuris resistentiā, non poterat in possessionē manuteneri, nisi titulum ostenderet eius possessionem iustificantem, ad *text. in d. cap. cum personæ, de priuileg. in 6. & cap. 1. de præscript. in 6.* cum alijs superiùs adductis.

Verùm cum iura Palaganorum tuerer, in contrarium dicebam, hoc nullo modo procedere, nec applicari terminos *d. cap. cum personæ, de priuil. in 6.* Etenim inter alios intellectus, qui dicto capitulo accomodantur, ille præcipuus, & ab omnibus communiori calculo receptus videbatur, quam ponit *Couarr. in d. cap. 17. pract. versic. 3. & 4. sub num. 6.* quem etiam sequitur *Vasq. d. cap. 85. in 13. intellectu*, post *Bellamer. in d. cap. cum Ecclesi Sutrina, in 11. opposit.* Duplicem ni-
18 mirùm in huiusmodi materia considerari iuris resistentiam; simplicem vnam, siue leuem; seù potiùs quando lex non assistit; quo casu dicitur possessio præter ius; alteram verò vehementem; quando scilicet lex non solùm non assistit, sed resistit, & dicitur possessio contra ius.

In primo enim casu, quando lex resistit leuitèr, vel potiùs non assistit,
19 quod exemplificant *Doctores* in seruitutibus iuris pascendi, lignandi, aquandi, tigni immittendi, cæterisq; seruitutum generibus, proùt loquitur *Couarr. vbi supra*, & tunc non requiritur exhibitio tituli veri, vel colorati, ad manutenendū quemlibet in possessione, seù quasi dictorum iurium incorporalium; sed sola illius allegatio, imò sola possessio, etiam non iustificata titulo, sufficit, & datur remedium retinendæ, cùm non dicatur possessio contra ius, sed præter ius, & ideò non erit illa sufficiens ad perturbandam quasi possessionem alterius, lite pendente, vt benè post *Panorm. in cap. 1. vt lite pendente, col. 1. & Innoc. ibidem*, considerat idem *Couar. d. cap. 17. nu. 6. vers. vndecimo, & vers. tertio quoties*, & ante eum sic decisum per S. C. refert *Capyc. in decis. 189.* sentit etiam *Portol. in verbo firma, nu. 70.* & optimè *Menoch. de retin. possess. remed. vlt. num. 21.* vbi ex his non benè sentire *Gloss.* asserit in *l. si priusquā, ff. de oper. nou. nunciat.* dùm inquit, maiorem esse vim præsumptionis, quod libera sit res, quam eius, quæ à quasi possessionē seruitutis proficiscitur, cū communitèr ab omnibus reprobetur; repugnante *text. in l. liberis, §. fin. ff. de liber. caus. & text. in l. penult. ff. de aqua quotid. & æstiua*, iuncta *d. l. si quis diuturno, ff. si seru. vindic.* vbi in præscribendis seruitutibus, non requiri titulum decernitur, ea ratione,
20 quia præsumptio libertatis in modica, eiq; læsione versatur, & ideò nō mirùm, si in huiusmodi incorporalibus iuribus temporis vsu acquirendis,

dis,titulus non sit necessarius,secundum *Ancharan.in reg.sine possessione, col 9.vers.ex prędictis, Imol.in d.cap.si diligenti, num.15.de praescript.* vbi *Felin.num.7. Butrius in d.cap.cum Ecclesia, col.penult.*& ibi *Ripa, Bald.de praescript. quaest. 6.* vbi communem dicit *2.par.quartae partis principalis,col.2.* & refert optimè idem *Couarr. cap. 17. lib.1.variar. num.7.* vbi in *vers.posteriori verò*,aliam addit rationem:quia
21 possessio, seù quasi iuris seruitutis, non est contra ius commune, quod ei resistat fortitèr,& vehemētèr prohibendo rem talitèr possideri,sed est contra quandam pręsumptionem naturalis libertatis, & ideò titulus non erit necessarius, allegans *Innocent.in d.cap.si diligenti*,& ibi *Abb.num.34.& Decium in cons.134. col.penult. & Corasium in l.seruitutes, ff. de seruitut. num.35.* quam rationem contra eum tradidit *Gloss.magistra in d.cap.1. de praescript.in 6.*& refert etiam *Capyc.in d.decis.209. num.17.* & clariùs explicauit *Dom.de Ponte in cons.97.nu.12. cum seq.lib.1.*Quod licet ius cōmune praesumat rem esse liberā,non tamen vetat pręsumptionē seruitutis,& pręscriptionem; & ideò dicit ipse praesumitur res libera, sed ipsius rei pręscriptio non improbatur: & consequentèr non erit contra ius commune,sed praeter ius: poterit tamen dici contra ius particulare alicuius, & propterea ius commune non dicitur resistere, sed tantùm non assistere. Idcircò lite pendente debet possessor in huiusmodi iuris incorporalis quasi possessione,etiam non exhibito titulo manuteneri, vt optimè sic distinguendo firmat *Sese de inhibit. c. 5. §.10.num.29.vers.ad secundum, eum seqq.*
22 Quando verò iuris pręsumptio resistit fortitèr, & vehementèr vni, & assistit alteri, vt in exemplis traditis in *cap.1.de praescript.in 6.* & in *d. cap. cum persona*, veluti si Episcopus, vel Parochus contendat pręscripsisse decimas in aliena dioecesi, vel Ecclesia, & petat in illa quasi possessione manuteneri, contra quem fortitèr resistit ius cōmune,& assistit alteri, dùm decimas in vnaquaque Ecclesia tradendas statuit, & contra alienos Parochos pręsumit,vt in *cap.ad decimas, de restitut.spoliat. in 6.* vel in laico se decimas possidere asserente, quarum incapax omninò est de iure, quod ei vehementèr resistit,& assistit clericis, *cap.1. 13.quaest.1. cap.suggestum,de decimis*,& tradit idem *Couar.d.lib.1.variar.cap.17.num.6.vers.quarto.* Item si quis exemptum se praetendat à iurisdictione Ordinarij, cui iuris communis dispositio assistit, & resistit exemptionem alleganti, *can. omnes Basilicae 16. quaest. 7.* & demùm in al-
23 legante possidere rem,quae sit de regalibus,quae ad solum Principem iure communi inspecto pertineret, & nō posset possideri absq; titulo, vt in *cap.1. quae sint regal.* cū regalia solius Principis esse praesumantur, vt tradit post *Rebuff.* idē *Couar: d.cap.17.pract. num.6.vers primum,Menoch. d.remed. vlt. retin. nu.24.& Sese d.§.10.nu.32.* vbi alia exempla vehementis iuris communis resistentiae adducit.. Et tunc quando quis allegat possessionem absque titulo, non debet lite pendente in illa quasi possessione manuteneri, nisi titulum allegatum, & exhibeat, & per illum possessionem suam iustificet,& procedit *d.cap. cum personae,& cap.ad decimas,& cap. de quarta,de decimis*, vbi *Doctores*, refert etiam hāc distinctionem approbando,post alios idem *Couarr.d.c.17. pract. num.6. vers.quarto,& d.cap.17. variar.lib.1,num.7.Menoch.d.num.24. Portol.in verbo firma, num.63. & Sese inhibit. vbi supra num.33.& 34.* Ea ratione, quia ex quo tūnc ius commune cōtra talem possessionem praesumit,reputando eam vitiosam,& iniustam; & è contrario bene praesumit pro Parocho,Ordinario,& Principe,& sic assistit vni,& resistit alteri,

sequi-

sequitur, quod ex sola possessione, seù quasi, non debeat possessor absque tituli exhibitione in illa manuteneri, sed illam iustificet oportet, aliquo titulo saltem colorato, & præsumpto, vt optimè tradit *Sese d. num. 35. & 96.* vbi tamen *num. 50.* notabilitèr asserit
24 hoc procedere, quando ius commune fortitèr resistit vni, & assistit alteri, vt in exemplis adductis; secus si resistit vni, sed non assistit alteri, quia tùnc illa sola Iuris resistentia non impedit, quin ex sola possessione, seù quasi etiam titulo non iustificata, manuteneri possit is in illa, lite pendente, ad quod allegat *Bart. vbi supra num. 75. Peregrin. & alios.*

Cùm igitur nos versaremur in primo casu, quo Ius commune, seù rectiùs naturalis quædam libertatis præsumptio, leuitèr resistebat, nec alteri assistebat, cū huiusmodi macellandi Ius non esset de regalibus, nec inter regalia connumeraretur, *cap. 1.* vbi *Andr. & Afflict. quæ sint regalia*, ideòq; nullum in hoc fundari poterat interesse Regij Fisci, nec aderat aliqua iuris dispositio, quæ specificè assisteret vni, & alteri resisteret, sed
25 solummodò illa iuris præsumptio, quamlibet rem præsumi liberam, & absque seruitute, quæ cum sit leuis resistentia, per solam possessionem præter ius, etiam sine titulo tollitur, & in ea manutenendus sit possessor, siuè agat, siuè conueniatur, vt præter alios tradit *Bart. in l. 1. §. hoc interdicto, ff. de itin. actuq; priuat. vers. tertij dicunt*, per *text. in l. penult. ff. de aqua quotid.* sequitur *Ias. in d. l. si prius, ff. de oper. nou. nunc.* & latè post Veronensē *de Ponte in d. cons. 97. num. 15. cum seq.* sequebatur necessariò prædictos de Palagano, qui allegauerant titulum, & possessionem plenè probarant, in dicta eorum possessione, seù quasi iuris prohibendi esse manutenendos ex prædictis.

Insuper licet prænarrata *Doctorū* distinctio vera sit, *Capyc.* tamen *in d. decis. 149.* tenet, quod etiam in casu quo ius commune fortitèr alteri resistit, sola tituli allegatio absq; illius exhibitione ad manutenendum possessorem sufficiat, imò etiam absque tituli allegatione, sed ex sola possessione probata. Et licet huic assertioni dispositio *d. cap. cum personæ* refra-
26 gari videatur, respondit ipse, quod illius dispositio procedit non dùm cognito de iure possessoris, & consequentèr non præcedente summaria probatione possessionis, tūc enim ait præferri debet is, cui iuris communis præsumptio assistit, & resistit alteri; sed si cognitum de possessione fuerit etiam summatim probata (quæ summaria cognitio in hoc interdicto interim, necessaria est, vt placet *Couarr. d. cap. 17. pract. num. 4.*) dispositio *d. cap. cum personæ* non procedit, sed propter summariam illam possessionis probationem, debet manuteneri possessor in sua qnasi possessione iuris, allegans *Francum in d. cap. cum personæ, vers. quod si talis, num. 2.*

Et ideò cum in casu nostro fuerit optimè de possessione illorum de Palagano cognitum, etiam auditis omnibus interesse prætendentibus, non procedebat dispositio *d. cap. cum personæ*.

Verùm concesso etiam citrà veritatis præiudicium, nos versari in resistentia iuris vehementi, vbi sola pos-
27 sessio iuxtà communem distinctionem non releuat, quousq; titulus demonstretur, ex quo ipsa possessiō substineri possit; certū erat, quod si illa alicuius tituli præsumptione vtcumque probati coadiuuatur, illa sufficiat, ità vt debeat possessor in dicta quasi possessione iurium incorporalium manuteneri, sic ex *Abb. Butr. Imol. in cap. cum venissent, de restitut.* qui est ad hoc *textus* expressus, & ex *Alex. in cons. 219. num. 10. lib. 6.* tradit optimè *Garzia de nobilit. gloss. 8. nu. 4. vers. tertio, cum seq. & num. 7. cum seq.* & faciunt tradita per *Sese in d. §. 10. num. 48.*

*num.*48. *& seq. & Otalor. de nobilit. 2.par. tertiæ partis, cap.5. num.*5. vbi asserit *d. cap. cum personæ* non procedere quando præsens possessio coadiuuatur alicuius tituli præsumptione vtcumque probati, etiam si non probetur sufficientèr, & plenè per *d.cap. cum venissent, de restit.* quia tunc substinetur, & transfert onus contrarium probandi in aduersarium, vt defectũ illius tituli probet, & plena probatione demonstret.

Ideò cùm in hoc casu nedum aderat possessio probata, sed etiam coadiuuata titulo allegato, nempè præ-
28 scriptionis immemorabilis, quam certum est habere vim tituli, *l.hoc iure, §.ductus aquæ, ff de aqua quotid.& æstiua, cap.super quibusdam, §.præterea, de verb.signif. Andr. in cap.Imperialem, §.illud, colum.2. de prohib feud. alien. per Frideric.* & post *Crauett.* & alios, tradit *Dom. de Franch. in decis.* 166.*num.*1.*& Dom.Reg Rouit in pragmat.*1. *de priuileg. Vniuers. num.*6. sequebatur, quod etiam lite pendente debebant illi de Palagano in eorum quasi possessione manuteneri, qualibet iuris resistentia, etiam vehementi non obstante.

Quod quidem non parum corroborari dicebam ex punctuali doctrina quam ex *Innocētio, Abbate, & alijs,* reassumit idē *Sese in sæpè citato* §.10. *num.*45. *&* 46. quo loci notabilitèr asserit, quod etiam quando iuris pręsumptio contraria, est fortis, & vehe-
29 mens, si tamen possessio, quæ allegatur, est antiqua, tunc illa habet vim priuilegij ad effectũ iustificandi possessionem, vt sic in ea conseruetur lite pendente, ac si priuilegium adduceret, quia per possessionem antiquā purgatur vitium ex illo longo temporis spatio, sequitur *Menoch. de retin. possess. remed.*3.*num.*593. & optimè *Capyc. in decis.* 6. *& d. decis.* 209. *nu.*18. qui hanc possessionis antiqui-
30 tatem in decennali exēplificant, facit optimè videndus idem *de Ponte d.cons.*97.*nu.*19.*&* 26. & cæteri quos refert *Capiblanc. in pragmat.*1. *de Baronib. num.*234. *vers. sublimita, & nu.* 235. tenet etiam optimè *Vasquez controu.illustr.lib.*2.*cap.*87.*num.*13.*cum seq.* vbi *num.*17. in specie fatetur hoc casu non habere locum dispositionē *d.cap.cum personæ*.

Cum igitur aderat possessio probata, nedùm antiqua decennalis, sed antiquissima, & immemorabilis, ac etiam decretum Curiæ Tranensis in anne 1587. quo fuerunt condemnati macellatores omnes etiam in futurũ ad soluendũ dictis de Palagano granos quinque pro quolibet genere carnium, quę in eorum macellis mactarentur, quod quidem decretum cùm tenderet ad idē etiam vim tituli, & priuilegij saltem colorati habere videbatur, & causã præbebat præscriptioni, quod satis esse, dicunt Doctores ad finem manutentionis prædictę, vt post *Florian. Franc. Angel. Losfred. et Capyc. in d.decis.*209. tradit *Anna in allegat.*84.*num.*8. necessariò dicebam, interim lite pendente esse in illa possessione manutenendos.

Et licet idem *Sese vbi supra nu.*36. teneat solam possessionis quàmuis immemorabilis allegationem, non sufficere, quando iuris præsumptio fortiter resistit, nisi titulus etiam saltim coloratus exhibeatur, subnectit tamen hoc esse verum, nisi immemorialem allegatam probet, vel titulum exhibeat, quia tunc in his duobus casibus etiã lite pendente poterit possessor manuteneri, vt latè per eum à *d.num.*36. *ad* 39. per *text. in d. cap.*1. *de præscript. in* 6. *in fine in verbo nisi,* vbi *Gloss.* quàmuis *text.* ille videatur probare contrarium cum dicat *Nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cuius contrarij memoria non existat;* Ideòque cum in casu nostro fuerit allegatum nedum priuilegium, sed immemorabilis, & illa probata, citatis, & auditis omnibus, nullo modo in dubium reuocari posse dicebatur,

batur,

bam, quin lite pendente deberent illi de Palagano in quasi possessione prædicta manuteneri, vt in simili decisum refert *Dom. de Franch. in decis. 56. in princ.* & faciunt notata per *Annam in d. allegat.* 84. & eundem *Dom. Rouitum in d. pragmat.* 1. *num.* 18. *de priuileg. vniuersit.* quàmuis vt suprà dictum est, sufficeret possessio decennalis.

Die 15. Iunij 1628.

Facta relatione in Regia Camera, fuit causa remissa ad Regiã Audientiam, per quam fuit decisum illos de Palagano esse manutenendos in eorum quasi possessione.

SVMMARIVM.

1 *Clausula codicillaris, nùm locum sibi obtineat, rupto testamento, natiuitate posthumi, remissiuè.*

2 *Posthumus nominatim institui, vel exhæredari debet.*

.. Aliàs rumpitur testamentũ, quòad hæredis institutionem.

.. Licet secus quòad legata.

3 *Clausula codicillaris per verba præsẽtis temporis concepta, locum non obtinet in casu præteritionis posthumi, ex magis communi.*

.. Quia non præsumitur testator de filijs cogitasse.

.. Ideò neque præsumitur suam sobolem voluisse excludere, dùm ignoranter præterijt.

4 *Clausula codicillaris concepta per verba futuri tẽporis, vel infinitiui modi, comprehendit etiam casum præteritionis posthumi.*

.. Et idem si adest clausula omni meliori via, quæ maioris est potentiæ.

5 *Clausula codicillaris ità concepta, operatur, vt posthumus censeatur rogatus hæreditariam portionem, retenta tamen legitima, hæredi scripto restituere, & num. 9.*

6 *Doctores pro hac opinione numerãtur.*

7 *Testator ex clausula codicillari per verba futuri temporis concepta, censetur saltem in genere cogitasse de filijs.*

8 *Filiorum appellatione venit etiam posthumus.*

10 *Clausula codicillaris suum operatur effectum, etiam in casu præteritionis posthumi, quando non extraneus, sed alius testatoris filius, & ille primogenitus fuit hæres institutus.*

.. Quia tunc cessat ratio l. cũ auus, ff. de condit. & demonstr. & l. cum acutissimi, C. de fideicom.

11 *Clausula codicillaris locum sibi vindicat, etiam in casu præteritionis posthumi, quando paritèr dilectus reperitur substitutus.*

12 *Posthumus secundum opinionem* Belloni *duas poterit detrahere quartas.*

.. Ex quo non videtur eodem tempore purè grauatus.

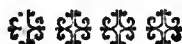
13 *Falcidiæ, & trebellianicæ detractio potest per testatorem prohiberi.*

.. Etiam in filijs primi gradus.

.. Præcipuè in casu fideicommissi, seù grauaminis, ex clausula codicillari inducti.

ARGVMENTVM.

Codicillarem clausulam per verba futuri temporis, vel infinitiui modi conceptam, suum operari effectum, etiam in casu nullitatis testamenti ob præteritionem posthumi; præcipuè altero filio instituto hærede.



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXVI.



Clausulæ codicillaris virtus ea est, vt licet rupto, annullatoq; testamento, successio ab intestato deferatur, censearur tamen, qui ab intestato succedit, grauatus, retenta solũmodò portione legitima, si talis sit, cui legitima debeatur, hæreditatẽ, hæredi scripto restituere, ad *text. in l. si quis, C. de iure codicill.* At nõ parùm per Doctores disputata reperitur quæstio, nùm prædictæ clausulæ codicillaris virtus locum sibi obtineat, rupto ob præteri-
1 tionem posthumi testamẽto? de qua quæstione latè agit *Caual. cõmun. contra commun. q. 180.* & ad saturitatem *Turrett. de clauf. codicill. q. 69. per totã.*

Et licet negatiua opinio communiori Doctorum calculo recepta videatur, multis tamen declarationibus limitari, dicebam, in causa vertente inter D. Corneliam Aquinatem Principissam Castellionis, & D. Ioannam eius secundogenitam sororem, ad præsens Principissam Castellionis.

Etenim D. Cæsar Aquinas Princeps pater in eius vltimo, quod condiderat restamẽro, instituto sibi hærede vniuersali in omnibus bonis burgensaticis, & feudalibus proximo, & immediato successore tempore mortis superstite, disposuit, quod illo existente masculo, darẽtur dictæ D. Corneliæ eius vnicæ illo tempore filiæ cũ nuberet pro eius dotibus, & paragio duc. 30. mil. & nubẽdo in familia de Aquino, alij duc. 20. mil. in casu autem quo ipse testator absque filijs masculis decederet, voluit vt ipsa D. Cornelia, seù illa filia, quæ tempore mortis reperiretur superstes, teneretur seruare cõditiones illas, & vincula apposita in transactione inita testatorem ipsum inter, eiusq; fratres super successione, & matrimonio ipsius hæredis, ratificando iterùm expressè transactionẽ illam, quã pro inserta de verbo ad verbum in prædicto testamento haberi voluit.

Secundo post anno, quassatis ingenti illo terremotu, domibus, ac Terris Principatus Castellionis, ac penè dixerim, tota Calabriæ Prouincia: ruinis obrutus repentinè Princeps interijt, relicta ipsa D. Cornelia primogenita, nec non D. Ioanna, quę paucis post mensibus, diuinitus seruata, posthuma in lucem prodijt.

2 Quærebarur igitur de portione ipsi D. Ioannæ posthumæ competenti? Cùm enim nominatim institui, vel exhęredari deberet, ad *text. in l. posthumo 3. ff. de iniusto rupto, irritoq; facto testam.* sequebatur hoc non adimpleto, testamentum ipsum ruptum irritumq; fore, *l. 1. 2. & 3. C. de posthum. hæred. instit.* præcipuè quoad hæredis institutionem, licet quòad legata alitèr videatur dispositum per *Authent. ex causa, C. de liber. præter.* & consequentèr redactam successionẽ ad causam intestati, & proindè competere D. Ioannæ virilem portionẽ, nimirùm medietatẽ in allodialibus, paragium verò in feudalibus.

At legitimam tantùm competere in burgensaticis, paragium autem in feudalibus dicebam, dùm partes D. Corneliæ nuptæ iàm Principi Casertæ, defendebam.

Etenim, quàmuis communior opinio forsan sit; clausulam scilicet codicillarem, quæ in prædicto testamẽto, nedùm in stipulatione Notarij, sed in ipso testamenti corpore legebatur amplissimè extensa, suum non producere effectum in casu præteritionis posthumi: Nihilominus procedere hæc communior opinio pote-
3 rat, quando clausula codicillaris per verba præsentis temporis esset concepta, nimirùm si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum: Tunc enim quia tempore testamenti, non

ti, non potest verificari conditio illa si non valet, cum eo tempore nondùm nato posthumo, validum sit, nec ruptum dici possit illo non nato; non valebit codicillaris clausula per verba præsentis temporis concepta, suũ operari effectum, tempore quo deindè natiuitate posthumi ruptum dicitur, quia conditio dicitur defecta, nec præsumitur hoc casu testator de filijs cogitasse saltẽ in genere, ideòq; neque præsumendum, velle suam sobolem excludere, dùm ignoranter præterijt, ità *Bart. in l.1.quæst.8. ff.de iure codicill.*& in *l.si stipulatus,§.cum stipulamur,num.2.*& ibi etiam *Alex.* & cæteri *ff.de verb.oblig. Menoch.consi.* 499. *nu.2.& idem lib.4.præsumpt.32. num.3.*cum alijs per *Anton.Gabr.in tit.de clauf.concl.8.num.1.*

Secus tamen dicebam esse iudicandum, quando codicillaris clausula fuit concepta per verba futuri temporis, vel apta illud comprehendere, putà si non valet, nec valebit,
4 vel vt in casu nostro, quando fuit concepta per verba infinitiui modi, nimirùm volo valere iure codicillorum, tunc enim quia illud verbum infinitum, aptum est plura tempora comprehendere, & consequentèr etiam tempus futurum, *l.5.§.stipulatio*, vbi *Gloss.in verbo datum*, & cæteri, *ff.de verb.obligat.*& post *Paulum de Montepico, Ripam*, & alios, refert, & sequitur *Fusar.de fideicommiss.q.569. num.43.*& latè *Rustic. in l.cum auus, de cond.& demonstr.lib.1.cap.1.nu.23.* videtur, ac si concepta esset per verba futuri temporis, & ità in nostris terminis fundat optimè omninò videndus *Corn.in consi.133.num.5.lib.6.* & eum sequitur *Nicol. Bellon. in consil.85.num.6.* vbi addit hoc etiã procedere ex clausula, omni meliori via, quæ eiusdem, imò maioris est potentiæ allegans *Alex.in cons.50.vol.7.& Curt.iun.in consi.169.col.2.*

In hoc igitur casu, quo verba clausulæ futurum tempus comprehendũt magis communis opinio est, quod
5 clausula suum operetur effectum, vt censeatur posthumus rogatus, hæreditariam portionem, retenta sibi legitima, hęredi scripto restituere, ità *Bart.* sibi contrarius *in l. qui filiabus, num.6. ff.de leg.1. Oldrad.in consi.149. num.2. in 3.quæst. Bald.in d. authent. ex causa, quæst.7. num.47.ad finem*, & quàmuis nonnulli contrariã sequantur sententiam, & communem etiam dicant, & magis æquiorem; nihilominus *Rolan.à Valle in consi.7.nu.12.*
6 *lib.4.* trigintasex Doctores pro contraria opinione referens, sexagintaquinque pro nostra opinione adducit, ex quibus decem & nouem de communi, & nouem de magis communi attestantes enumerat, infinitos etiam pro hac opinione recenset videndus *Caualc. decis.24. num.11.cum seqq. lib.3.& decis.29. num.11.& 44. lib.4.Cacher.consi.70.à num.5.Peregrin. art.3. num.49.* vbi ait, quod ita totus mundus obseruat, optimè *Thesaur. decis.141.num.8. Anton.Gabriel d.tit. de clausul. concl.8.num.8.& 23.* & latissimè *Turrett. de clauf.codicill. q.56. per tot.* & in *consi.11.num.9. cum seqq.* & ad nausiam vsque videndus *Rustic. in d.l. cum auus, lib.1. num.22. vers.est in effectu*, vbi nec in iudicijs, nec extra, ab hac opinione recedendum affirmat: pro qua adducit eundem *Bart.in l.si ita quis, in princ. ff de leg.1.* & in *l.si ita legatum, ante num.7. ff.de aur.& arg.leg.*& in *l.si ita scripsisset, in fin. ff.de leg.2.* Illa præcipuè ratione,
7 quia quando hæc clausula futurum tempus comprehendit, præsumitur testator saltim in genere cogitasse de filijs, ad *text.in l.iure militari, ff.de milit.testam.* vbi *Bald.& Angel.* cæteriq; *in d. authent. ex causa, C. de liber. præter.* & post alios idem *Turrett. quæst. 69. num.6.& 14. cum seqq.* & consequentèr cogitando de filijs, videtur non ignorantèr, sed scientèr posthumum prætetisse, licet non in specie de illis cogitauerit, sed in genere,

nere, quod satis esse fatetur *Gratian. discept. for. cap.48. num.14.*

Ex quibus, in casu de quo disputabatur, faciliùs dicebamus admittendam fore opinionem pro clausula codicillari, quia non solùm præsumptiuè testator de filijs cogitasse videbatur ex clausula codicillari per verba infinitiui modi concepta, quæ etiam futurum tempus apta erat cõprehendere; sed expressè ex eiusdẽ testamenti verbis colligebatur; ibi, *Et caso, che io predetto Testatore moresse senza figli mascoli, lascio che detta Cornelia, ó ũ quella figlia femina, che si trouerà superstite, osserui lo disposto nella transattione.* Ergo cogitauit in specie de alia filia nascitura post dictam Corneliam, quam tùnc vnicam habebat; ità similitèr etiam de filijs mentionem fecit in substitutione, in datione tutorum, in taxatione alimẽtorum, & alibi passim; & certum est

8 appellatione filiorum, venire etiam posthumos, vt per *Bald. in l. Titius testamento, ff. de liber. & posthum. versic. & nota*, vndè sufficit in aliqua parte testamenti, de illis factam fuisse mentionem, vt latè per *Fusar. quæst.318. num.16. & quæst.569. num.15.*

Cum igitur de expressa testatoris voluntate constaret, voluisse hæredẽ scriptum vniuersalitèr instituere, nihil de alijs ordinando, licet de eis fecerit mentionem, colligitur coniectura, voluisse illum tantũmodò vniuersalem hæredem esse, cæteros verò in legitima, & propterea eo casu suũ operabitur effectũ codicillaris clau-

9 sula, vt censeatur posthumus rupto sua natiuitate testamento rogatus, retenta legitima, reliquum quod ab intestato esset accepturus, hæredi scripto restituere, ità optimè docuit *Decius in cons.490. num.3. & 6.* allegans *Bald. in d.l. qui filiabus, in princ. ff. de legat.1. Bursat. in cons.89. num.48. Peguer. decis.108. num.5. Paris. cons.60. num.23. lib.2. Clar. in §. testamentum, quæst.46. in fin. Menoch. lib.4. præs.31. num.8. Gabriel d. tit. de clausul. concl.8. num.22. Fusar. d. quæst.569. num.14.* & latè *Turrett. d. quæst.56. nu.57. & per totum*; & bene conferunt notata per *Pancirol. cons.120. num.16. Hieronym. Gabriel cons.113. lib.1. & Peregr. consil.103. num.4. lib.5.* vbi, quod ad hoc vt codicillaris clausula suum operari posit effectum, duo debere concurrere docet, nimirùm quod testator de filijs cogitauerit saltem in genere, & quod sit concepta per verba futuri temporis, vel infinitiui modi, optimè etiam *Gratian. d. cap.48. num.16.*

Atqui dubio procul, hæc opinio locum sibi vindicabit, quotiescumq;

10 non extraneus, sed testatoris filius, & ille primogenitus fuerit hæres institutus; cùm enim hoc casu cessare videatur præsumptio *l. cum auus, & l. cum acutissimi*, nimirùm nolle alienã sobolem, propriæ anteponere, sequitur omninò testatoris voluntatem, qui filium hæredem scriptum, alijs maluit anteponere, esse seruandam. Ideò contrariæ opinionis sectatores illam procedere dicunt instituto hærede extraneo, non autem alio filio, ità *Puteus decis.234 num.2. & 3 par.2.* vbi allegans *Card. Paris. d. consil.60. num. 23. lib.2.* asserit Rotam Romanam nemine discrepante ità iudicasse: optimè etiam omninò videndus *Thesaur. d. decis.141. num.10.* qui hoc casu parùm interesse dicit, an clausula codicillaris fuerit concepta per verba præsentis, vel futuri temporis. benè etiam loquitur *Berous in cons.17. num 30. lib.2.* vbi fatetur, quod quan-

11 do in testamento est institutus paritèr dilectus, tùnc clausula codicillaris suum operatur effectum, quantò magis in casu nostro, in quo non paritèr, sed magis dilecta fuit hæres instituta, ità etiam *Menoch. d. præsumpt. 32. num.10. vers. septimus casus, in fin.* conferunt etiam dicta per *Bertrand. cons.10. lib.1. par. poster. vers. & istud vltimum*, imò in casu suo erant instituti testatoris fratres, sequitur *Pe-*

*guer.d.decis.*110.*nu.*7.*vers.tertio,Cancer.de testam.cap.*4.*num.*65. vbi allegat *Anton.Fabr.in C.tit.de codicill.diffinit.*4.*& Gratian.d.cap.*48.*num.*12. & benè *Nicol.Bellon.in cons.*85. qui ta-
12 men opinatur hoc casu posthumum duas posse detrahere quartas, ex quo non videtur eodẽ tempore purè grauatus, de qua quæstione non erat nostrum disputare, cùm expresè fuisset in corpore testamenti prohibita Fal-
13 cidię, & Trebellianicę detractio, quã etiã in filijs primi gradus posse prohiberi nõ ambigitur, vt latè per *Dom. de Franch. in decis.*11.*num.*19.*& per totum*, & in *decis.*612.*num.*1. *Paris.in cons.*47.*num.*13.*& seq. volum.*2. *Menoch.lib.*4.*prę sumpt.*191.*num.*4.*& seq.* præcipuè in casu fideicommissi, siuè grauaminis inducti ex clausula codicillari, vt latè per *Turrett.d.consil.*11. *num.*19. & in *tract. de claus. codicill. quæst.*55.*num.*23.*& per totam*, & benè per *Merlin.de legit. lib.*5.*tit.*2.*q.*4.*n.*3.*&* 4.*& lib.*1.*quæst.*1.*tit.*3.*n.*21. & pro principali limitatione nonnullos etiã adducit idem *Caualc. d. decis.*24. *lib.*3.*num.*17.*& seq.* Vbi contrariam opinionem procedere posse affirmat extraneo instituto, non autem filio, quia censetur prædilectus posthumo nasciturо; Et ideò ex his omninò dicebamus legitimam tantùm in bonis allodialibus D. Ioannæ competere, & paragium in feudalibus.

Vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Proximus dicitur, quem nemo pręcedit.*
.. Quàmuis alius æqualis illi fuerit.
2 *Proximi dicuntur omnes in eodem gradu existentes.*
.. Quàmuis singulari numero fuerit proximus à testatore vocatus.
.. Et hoc ratione incertitudinis, cum ignoretur de quo intellexerit testator.
3 *Singularis numerus ad plures nõ pertinet cessante incertitudine.*
4 *Incertitudo adesse nequit, dùm de testatoris voluntate constat.*
5 *Geminatio, & repetitio singularitatis multum operatur, ad hoc vt ad plures, singularis numerus non extendatur.*
6 *In feudis vnus, non plures possunt esse hæredes, & ille primogenitus in viuentibus Iure Francorum.*
7 *Qualitas, quæ vni tantùm conuenit, non intelligitur, nec extenditur ad plures, licet sint eiusdem gradus.*
8 *Testator, dùm in vna testamenti parte intellexit proximum de vno, & primogenito, ità etiam debet intelligi in alia.*
9 *Clausula* cuius tenor habeatur pro expresso, *operatur, ac si realitèr, et cũ effectu, omnia essent repetita cum omnibus qualitatibus.*
10 *Institutio de vno facta, intelligitur de primogenito.*

ARGVMENTVM.

Proximi appellatione, vnum, & illum primogenitum contineri, quàmuis plures eiusdem sint gradus, quando de clara testatoris voluntate constat.

I. M. I.

DISPVTATIO LXVII.

IN hac eadem causa inter prædictas sorores de Aquino videns ex aduerso pars, ex capite nullitatis testamenti, ob posthumi præteritionẽ parũ iuuaminis accipere, recursũ habuit ad aliã rationem, ex qua pręsupponebat ad virilem portionẽ in allodialibus D. Ioannam posthumam esse admittendam

tendam ex ipsamet testatoris voluntate; dicebat .n. quod licet D. Ioanna fuerit posthuma, nō tamen præterita, sed expressè instituta pro æquali fuerat per Principem patrem; & proindè ad virilem portionem erat admittenda seruata forma voluntatis paternæ.

Fundabat hoc, ex eo quod Princeps pater in testamēto vniuersalem sibi hæredem in omnibus eius bonis fecerat proximum, & immediatum successorem, qui tempore mortis superstes esset, absque particularis nominis expressione, ac propterea cum
1 proximus dicatur ille, quem nemo præcedit, *l. qui duos 9. in fine princ. ff. de reb. dub. vers. nàm & qui vnicum*, *& l. proximus 92. ff. de verb. signif.* vbi latè *Io. Geddeus, Tiraquell. de retract. lignag. §. 11. gloss. 1. nu. 1 Valentin. Forster. de success. ab intest. lib. 3. cap. 30. à num. 9.* nec admittit gradum mediū, vt per *Rotam* penès *Farinac par. 2. decis. 693 num. 2. in fin. in recent.* ipsa etiā videbatur instituta, cùm ab alio nō præcederetur, licet adesset D. Cornelia primogenita in pari gradu, quia satis erat illam non anteire, licet æqualis fuerit gradus vt per *Bald in cons. 38. in princ. vers. proximior autem, lib 1.* vbi allegat *text. in §. proximus, Instit. de legit. agnat. succ.* & refert *Cardin Tuscus in verbo proximior, conclus. 955. num. 2.*

Et quàmuis Princeps testator pro-
2 ximum singulari numero instituerit, omnes tamen eiusdem gradus esse admittendos, decernit in puncto *Imperator in §. si plures, vers. & quàmuis, Instit. de legitima agnator. success.* inquiens: *Et quàmuis singulari numero vsa lex 12. tabularum proximum vocet, tamen dubium non est, quin si plures sint eiusdem gradus omnes admittantur*; Et ideò æqualitèr ad burgensaticorum successionem erat admittenda D. Ioanna, cum eiusdem gradus esset cū D. Cornelia, & vtraq; proximi appellatione veniret, proùt iàm fuerat per Magn. Cur. mediante decreto præambuli decisum; æqualitèr vtramq; in allodialibus declarando hæredem.

Nihilominus dicebamus, neque ex hac alia ratione posse aliquo modo iuuari. Quoniam licet verùm fuerit, D. Ioannam proximi appellatione contineri cum eiusdem gradus fuerit, nec vllus eam gradu præcederet, licet testator singulari numero vsus fuerit, vt dixit *Imperator in d. §. si plures*, & ità etiam declarat *Vlpianus in l. 2. §. hæreditas, ff. de suis, & legitim.* Attamē illud euenit propter incertitudinē, etenim quādo simplicitèr testator proximū instituit, ignoratur, de quo intellexerit, cū omnes sint eiusdem gradus, ideò ne dispositio reddatur elusoria, omnes in pari gradu existentes, quasi omnes fuerint sub illo nomine vocati, admittuntur, ad *text. in l. duo sunt Titij 30 ff de testam. tutel.* & ità prædictum *text. in d. §. si plures, Instit. de legit. agnat. success.* intelligit *Crauett. in cons. 180 sub nu. 3. vers. non omitto aliam declarationem*, & eum sequitur *Menoch. in cons. 158. num. 55. vers. ità declarat*: At quando
3 cessat huiusmodi incertitudinis ratio, tūc singularis numerus ad plures nō pertinet, *l. fin. ff. ad Sen. Cons. Trebell. & cap. gaudemus, de diuortijs.*

Cessare autem dicitur incertitudo, quotiescumque de testatoris voluntate cōstat, voluisse .s. de vno tantùm, & quidèm de primogenito in-
4 telligere; dùm enim de voluntate certū est, non potest adesse incertitudo, vt dicit *Iureconsultus Paulus in d. l. duo sunt Titij*; vbi eum datum esse tutorem asserit, de quo testator sensit. & facit etiam *Vlpian. in l. si quis ità 16. §. si quis cum ignoraret, ff. eod. tit. de testam. tutel.* & propterea quotiescumq; de intentione testatoris nō dubitatur, vni tantùm deferendam esse successionem, quàmuis plures eiusdem gradus proximi appellatione comprehendantur, probat ex plu-

ribus optimè *Simon de Prætis de interpr.vlt.volunt.fol.*337.*num*.8.

In casu autem de quo disputabatur ex pluribus de huiusmodi testatoris voluntate constare dicebam,de vno scilicet vniuersali hærede, non autem de pluribus,quàmuis eiusdem gradus intellexisse.

Primò, quia semper, quod de vniuersali hærede mentionem fecerat testator, semper numero singulari
5 vsus fuerat, vt in tota testamenri serie legi poterat,quam repetitionem multū in hoc esse considerandā dixit post *Surdum in consf.*375. *num*. 10. *& seq. Peregrin in consf.*102. *num*.8. *lib* 4. imò *Surd.num*.16. fatetur id specificè procedere, non solùm quando de vno facta fuit explicita mentio ; sed etiam quando in numero singulari, allegans *Lupum in rubr.de donat.inter vir.& vxor.*§.69.*num*.20.

Secundò ex qualitate rei : testator enim hæredem vniuersalem, & parcularem proximum instituit in omnibus bonis burgensaticis, & feudalibus coniunctim, & consequentèr voluit illum esse hæredem in omnibus prædictis bonis. At certum est,
6 quod in feudalibus vnus, non plures possunt esse hæredes, & ille primogenitus in viuentibus Iure Francorum: Ergo de vno dicendum est intellexisse testatorem, licet plures essent eiusdem gradus, vt optimè in nostris terminis declarat *Menoch. in d.consf.*158.*num*.55. Quando enim
7 illud quod relinquitur,vni dumtaxàt conuenit, non intelligitur de pluribus, licet eodem gradu positi sint, vt ex *Oldrad.in consf.*231.*col fin.& Guid. Pap. decisf.*467. *Tiraquell de primogen. quæst.*64.*in fine*,& alijs, probat idem *Simon de Prætis d.fol.*337. *num*.8.*circa finem*.

Terriò dicebamus, expressis verbis testatorem hoc declarasse: Etenim post hæredis institutionem sub nomine proximi, subdidit, quod si dictus heres foret masculus,tunc ipsi filię primogenitę daretur duc.30.mil. pro eius dotibus ; ergò necessariò de vno herede vniuersali intellexit;nàm cum D. Cornelia eiusdē gradus proxima esset cum masculo, noluit tamen illam ad hæreditatem æqualitèr admittere, sed tantū ei dotes legare.

Item decedente ipso hærede vniuersali in pupillari ætate; & absque filijs, substituit D. Corneliam ; ergo de vno intellexit.

Item, & clariùs decedentibus tàm prædicto hærede,quàm D.Cornelia, vocauit proximiorē de familia præferendo masculos fœminis,& primogenitum alijs secundogenitis ; ergo de vno tantū voluit intelligere dùm
8 enim in vna parte testamenti dictum verbum proximiorem declarauit, & intellexit de vno,& primogenito,idē intellexisse præsumitur in alia, & cōferunt dicta per eundem *de Prætis d. fol.*337. *num*.8. & facit *text. in d.l.qui filiabus,in princ. ff.de leg*.1.

Insuper in casu mortis ipsius testatoris absq; filijs masculis, mandauit, quod ipsa D. Cornelia, seù illa filia fœmina, quæ tēpore mortis reperiretur superstes, seruare deberet disposita in transactione inita inter ipsos fratres de Aquino, quam voluit haberi de verbo ad verbum in ipso testamento pro inserta, & expressa. Ergò duplicitèr ex his colligebatur eius voluntas,vt de vno,non autem de pluribus heredibus,quàmuis eiusdem gradus, intelligeretur institutio.

Primò,quia in defectum masculorum,& in casu quo fœminæ superessent, dixit,quod D.Cornelia, seù illa alia femina, quæ tempore mortis sutis superstes esset, seruaret disposita in transactione, & consequentèr per verba alternatiua *seù*, non autem per verba coniunctiua *&* : quia eius voluntas, & intentio erat, vt D. Cornelia. quæ in casu deficientiæ masculorum erat hæres vniuersalis, seruaret conuentionem ; at quia poterat contingere,

tingere, quod illa præmoreretur, dixit, seù illa alia, quæ superstes esset, ergo non habuit intentionem vocare omnes, sed vnam, aliàs dixisset D. Cornelia, & alia fœmina, quæ superstes esset.

Secundò, & clariùs, dùm voluit, prædicta transactio, & omnia in illa contenta haberentur pro expressis, & insertis in eius testamento de verbo ad verbum; quæ clausula opera-
9 tur, ac si realitèr, & cum effectu omnia essent repetita cū omnibus qualitatibus, vt per *Gminian.in cons.65. nu.22.* cū alijs per *Martam de clausul. par.1.clauf.101.nu.6.* Et in illa trāsactione D. Cornelia semper, & vbiq; vniuersalis hæres nuncuparetur per testatorem; ità etiam dici debebat in testamento, cùm ad ipsam transactionem fuerit facta relatio, vt in terminis ex *Peregrino*, affirmat *Balthassar Thomas. tract.8. de pactis primogenituræ, tit.5. num.21.*

His igitur positis, certum erat, quod quando de vno intelligitur fa-
10 cta institutio; de primogenito est intelligenda, vt post alios refert *Molin. de primog. lib.1.c.5.nu.34. Menoch. cons. 713.n.1. & seq. lib.4. Peregr. d. cons.102. num.8. lib.4. Surd. d. cons.375.num.16.* vbi de communi testatur, & latè *Fusar. d. quæst.356. num.5. & quæst.384. Thomas. d. tract.8. tit.5. nu.4. & Franc. Niger Ciriac. controuers. 414. num.4.* Præcipuè, dùm in casu nostro, nedùm aderant coniecturæ pro primogenito; sed expressa de illa facta fuerat mentio in testamento, & hæreditas erat pro maiori parte feudalis; quod non solùm suadet, sed impellit, vt de primogenito intelligeretur facta dispositio, vt ex *Menoch. & de Pratis* supra fundauimus; Et ideò ex his legitimam tantùm in bonis allodialibus D. Ioannæ competere dicebam, parùm refragante decreto præambuli Magnæ Curiæ, quod fuit interpositum ipsa D. Cornelia in minori ætate existente, cui non potuit per Tutorem præiudicari.

Hæc controuersia cùm inter Sorores versaretur, fuit transactione finita.

SVMMARIVM.

1 *In fideicommissis, & substitutionibus caducato primo gradu, sequentes substitutiones minimè caducantur.*

.. Præcipuè in compendiosis.

2 *Hæreditas etiam caducatis medijs, penès hæredem grauatum cum suo onere remanet.*

.. Quia videtur testator hoc casu vlteriores substitutos specialitèr vocasse.

3 *Substitutus vni, videtur etiam substitutus alteri.*

4 *Substitutioni locus esse nequit, quando præter medij gradus caducitatē, concurrit etiam conditionis defectus, sub qua substituti fuerunt vocati.*

.. Quod procedit etiam quādo adest defectus conditionis adiectæ de primo substituto ad secundum.

5 *Mori non dicitur, qui nunquàm natus est.*

6 *Conditio si posthumus decedat, dicitur habere altam conditionem implicitā, si nascatur.*

7 *Conditione defecta, omnes substitutiones ab illa dependentes deficiunt.*

8 *Conditio debet adimpleri in forma specifica, & ideò non fit extensio de vno casu ad alium.*

9 *Substitutio facta sub conditione, si posthumus decedat, non verificatur posthumo non nato.*

10 *Casus mortis ex coniecturata mente testatoris trahitur ad casum non natiuitatis.*

.. Quod intellige in institutionibus, in quibus semper fit lata interpretatio.

.. Secus verò in substitutionibus, & fideicommissis.

11 *Substitutio sub conditione, videtur sub contraria conditione adempta.*

12 *Substitutio compendiosa, in qua comprehenditur vulgaris, comprehendit etiã casum non natiuitatis posthumi.*

.. Continet enim plures casus, noluntatis scilicet, & impotentiæ.

13 *Vulgaris substitutio etiam sub compendiosa comprehensa, tunc extendi poterit de casu noluntatis ad casum impotentiæ, quando vnus ex his casibus noluntatis, & impotẽtię expressus fuit.*

.. At quando vnus casus impotentiæ exprimitur, non trahitur ad alium etiam impotentiæ.

14 *Casu impotentiæ expresso, conditio dicitur voluntaria, & ideò non extenditur.*

15 *Conditio adiecta substitutioni compendiosæ attendi debet, ne dùm respectu substitutionis fideicommissariæ, sed etiam respectu vulgaris, quæ illi tacitè inest.*

16 *Conditio, quæ deficit, si repugnat etiã substituto, tunc caducato medio gradu, caducati etiam dicuntur sequentes.*

17 *Conditio, deficiente substituto habetur pro non facta.*

18 *Alienationis prohibitio, & digressio ad plures substitutionum gradus operatur, vt onus iniunctum primo, duret etiam in beneficium sequentium, etiã deficiente medio gradu.*

.. Quod intellige quando casus, & conditiones à testatore apposita verificantur.

.. Secus quando ab initio defecerunt. etiam quod adesset dictio semper, & in perpetuum.

19 *Testator præsumitur, voluisse tunc fideicommissum esse perpetuum, quando conditio verificatur.*

.. Secus si deficeret.

.. Præcipuè quãdo alienationis prohibitio fuit restricta ad nominatim institutos, & substitutos, quia nõ extenditur ad aliòs.

.. Etiam si appareret cõiectura conseruandæ agnationis.

.. Quàmuis de hoc nonnulli dubitẽt.

20 *Clausula codicillaris eius est virtutis; vt quàmuis testamentum ob deficientiam instituti caducum efficiatur quòad illum gradum; non tamen caducum dici poterit quòad alios, à quibus incipere poterit.*

.. Quod intellige quando conditionis verba verificãtur, secus si deficiant.

21 *Clausula codicillaris tantùmodò operatur, vt quod non potest ex testamento deberi debeatur ab intestato.*

.. Sed non quando casus à testatore prouisus non euenit.

22 *Substitutionum medio gradu nedùm caducato, sed pro non scripto habito, sequentes substitutiones ab illo dependentes indistinctè caducantur, et deficiunt.*

23 *Dispositio vbi pro non scripta habetur in persona illius, cui onus iniungitur, onus etiam pro non scripto habetur.*

.. Quod secus est in caduco, cuius differentiæ ratio adducitur.

24 *Nullitatis plus est in eo, quod à principio non subsistit, quam in eo, quod ex post facto deficit.*

25 *Caducato medio substitutionis gradu, tùnc sequens admittitur, quando vocatur ad hæreditatem, ad quam erat vocatus ille medius.*

.. Secus si ad rem diuersam, vel singularem.

.. Tùnc enim vulgaris non poterit suum producere effectum, quia videtur repugnare testatoris voluntas.

.. Alias hæreditas remaneret pro parte in suspenso.

26 *Fructus, & redditus æquiparantur in iure.*

27 *Fructus habentur vt quid separatum à proprietate, & substantia.*

28 Peregrino in art. 15. num. 14. & 16. *occurritur.*

29 Bartoli *doctrina* in l. quandiù, §. is autẽ, ff. de acquir. hęred. *quod caducato medio gradu, non caducãtur sequentes, procedit quãdo sequens substitutus potest venire per vulgarem sub compendiosa comprehensam.*

30 *Voca-*

30 *Vocato aliquo in re certa per verba communia, sub compendiosa non comprehenditur vulgaris.*

31 *Vocatus post mortē primi hæredis, non potest venire per vulgarem, sed per fideicommissariam.*

.. *Nisi in milite.*

32 *Iura directa semel affixa ossibus primi hæredis, non possunt in substitutum transfundi, nisi per fideicommissum.*

.. *Etiam si esset substituta Ecclesia.*

33 *Conditione deficiente in personā primi substituti, deficiunt omnes fideicommissariæ sequentes.*

ARGVMENTVM.

Caducato medio substitutionum gradu, caducari etiam sequentes, si conditio quoquè sub qua sequentes conceptæ fuerint, deficiat, vel pro non scripta habeatur, aut in diuersa re fuerint substituti, ad declarationē doctrinæ *Bart.in l.quandiù* 68. *§.is autem, ff. de acquirenda hæreditate.*

I. M. I.

DISPVTATIO LXVIII.

1 Regula est, in fideicommissis, siue substitutionibus, caducato medio gradu, sequentes substitutiones minimè caducari, in substitutionibus præcipuè compendiosis, ad *text.in l.quandiù 68.§.is autem, ff. de acquir.hæred.* vbi *Vlpianus* ait: *Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante, secundus decedat, ipse potest succedere.* & *Bart.* ibidem *num.* 10. *versic.quæro iuxtà prædicta*, antesignanus hanc firmauit opinionem, dicens, quod si testator filium hęredem instituat, eiq; pupillaritèr substituat Titiū, & quādocumq; decesserit Titius sinè liberis, ei substituat Sempronium, si Titius antè pupillum decedat, & demùm moriatur pupillus, Semproniū succedere vigore pupillaris substitutionis affirmat ex dicto *Vlpiani* respōso, & hanc opinionem contrarijs respondendo confirmat. Hæreditas .n.
2 etiam caducatis medijs, penès hæredem grauatum, cum onere suo remanet: videtur enim testator, etiàm in casu quo gradus medius in causa caduci fuerit, vlteriores substitutos specialitèr vocasse, *l.vnica §.pro secundo*, ibi *nisi, & in hunc casum, vel substitutus, vel coniunctus eos antecedat, & in §.fin autem aliquid, C. de caduc. toll.* Substitutus enim vni, videtur etiàm substitutus alteri, cui ille erat substi-
3 tutus, *l.si Titius* 27. vbi *Bartol.* & ceteri, *ff. de vulg. & pupill.* vbi *si Titius*, (*Iulianus* inquit) *cohęredi suo substitutus fuerit, deindè ei Sempronius, verius putare in vtramq; partem Sempronium substitutum esse.*

Et proindè in causa Principis Satriani Hectoris Rauascherij vertente in S.C.corā olim Reg.Conf. acutissimi ingenij D.Frācisco Salgado causę Cōmissario, cū interesse pręcēdētibus dicebatur huiusmodi *Bart.* doctrinā omninò seruandā, nec posse vllo modo prætendi substitutionem caducatam, & fideicommissum extinctum.

Instituerat enim Ioan. Ambrosius Rauascherius vniuersalem hæredem prædictum Hectorem nunc Principē Satriani filium. Posthumum deindè quem sperabat ex vxore nasciturum masculum, in quinta hæreditatis parte, fœminam verò in sextante hæredem fecerat. Hectori verò hæredi quandocumque decedenti sine filijs substituit Petrum Franciscum fratrē, & Caro-

& Carolum nepotem; quos quidem posthumum, PetrumFranciscum, & Carolum, in prædictis casibus respe-ctiuè vulgaritèr, pupillaritèr, & per fideicommissum vocauit, & substi-tuit.

Prohibuit etiam prædictis hęredibus, quos nominatim expressit, prædictæ hæreditatis in totum, vel in partem ex quauis etiam vrgentissima causa, alienationem, & dispositionē, ipsumq; alienationis actum ipso iure annullando, in pręiudiciū in eius testamento vocatorum, volens vt eius hæreditas esset omninò inalienabilis, & strictissimo fideicommissi vinculo obnoxia.

Deficientibus autem masculis ex dictis Petro Francisco, & Carolo, & descendentibus masculis ex eis, eius hæreditatis fructus, & introitus, inter descendentes vtriusq; sexus aliquorum de familia Rauascheria diuidēdos, & distribuendos mandauit.

Defuncto deindè testatore, aditaq; hæreditate per Principem hæredem, ac posthumo non nato, prædicti Petrus Franciscus, & Carolus vt supra substituti sine filijs Principe adhùc viuente, diem suum obierunt.

Petijt propterea Princeps auditis interesse prætendentibus, declarari substitutionem caducatam, ac fideicommissum extinctum, prædictamq; distributionem in beneficium prædictorum de familia minimè faciendam, sed liberam penès ipsum totius hæreditatis remansisse dispositionem.

At contrarium per præfatos de familia prætendebatur ex prædicta *Bartoli* doctrina, quam sequi videtur *Bald. in conf. 83. vol. 4. Decian. conf. 81. vol. 2. & Sesse decis. Arag. 49. num. 6.*

Quibus addebatur, quod cum testator omni tēpore, & ex quauis causa licet vrgentissima, alienationem prohibuerat in præiudicium vocatorum, ità vt eius hæræditas esset inalienabilis, & strictissimo fideicommissi vinculo obligata, videbatur ad illam per fideicommissum vocasse prędictos de familia, aliàs inutilis esset iudicanda prohibitio.

Quin etiam, cum ad tot substitutionum gradus progresserit, vocando primo loco Posthumum, deindè Petrum Franciscum, posteà Carolum, & illis omnibus absq; liberis deficiētibus, fructus hæreditatis inter ipsos de familia distribuendos mandauerit: eius videbatur fuisse mentis, vt etiam si illi substituti pręmorerentur hæredi instituto, post tamen eius obitum, locus esset distributioni: & proptereà satis dici debebat verificata conditio, si tempore mortis hæredis instituti, nulli descendentes ex eo, & ex substitutis existerent, argumento *l. 1. C. de indict. viduit. tollen. & d. l. 1. §. sin autem aliquid, C. de caduc. tollend.*

Verū enim verò his omnibus parùm refragantibus distributioni prędictæ minimè locum forè dicebam.

Quoniam quàmuis vera sit regula, quam *Bart.* & cæteri, qui eum sequūtur ex prædicto *Vlpiani* responso *in d. l. quandiù, §. is autē,* desumunt, multas tamen patitur declarationes.

Et primò, quando vltrà caducitatem medij gradus, concurrit etiam
4 defectus conditionis, sub qua substituti fuerunt vocati, nullatenùs eo casu locus potest esse regulæ: Duplex enim in eo casu adest obstaculum, caducitatis nempè propter substituti prædecedentiā, & defectus conditionis, sub qua substitutio fuit cōcepta: Hoc quidèm casu caducato medio substitutionis gradu, caducari etiam omnes sequentes non tàm ex vi caducitatis, quàm ex conditionis defectu necessè est, vt per *Alex.* & alios *in l. qui habebat, num. 2. ff. de vulg.* & in *l. cohæredi, in princ. ff. eod. tit. Oldrad. in conf. 177. Duran. de arte testandi, tit. de substitut. cauth. 24. nu. 2.* vbi sic in specie limitari asserit doctrinam *Bart. in d. l. quandiù, ff. de acquir. hæred.* ad φ allegat

allegat *Bald. in conf.428. quia in substitutione, lib. 4.* & innumeros, quos longa serie ad propositum refert omninò videndus *Ludouic. de Casanat. conf.2. num.3. & 4.* vbi nonnullis rationibus, legibus, & authoritatibus id firmat, & comprobat.

Id autem, (vt propius ad nostram hypothesim accedamus) non solùm procedere dixerũt, quando vltrà caducitatem medij gradus, deficit conditio adiecta de primo hærede instituto ad primum substitutum, sed etiã quando præter caducationem medij gradus, adest etiam defectus conditionis adiectę de primo substituto ad secundũ, vt in nostra specie: Hi enim de familia, quibus erant distribuendi fructus, & introitus hæreditatis, fuerant vocati ad distributionem sub illa conditione, si posthumus primo loco substitutus quandocumque decederet sine filijs, & consequentèr conditio si sine filijs erat apposita de primo substituto, ad secundum, siuè rectiùs de primo substitutionis gradu, ad secundum. Defecta igitur prædicta conditione, ac caducato hoc medio substitutionis gradu, imò caducatis etiam alijs sequentibus ob mortem Petri Francisci, & Caroli, vltimus etiam gradus substitutionis in beneficium illorum de familia, quatenùs tamen substituti dici possent, quòd negabamus, caducatus quoq; videbatur, vt post antiquiores in *d.l. qui habebat*, tenet optimè *Simon de Prætis lib.2. interp.3. dub.6. solut.4. num.1. vers. hæc autem solutio fol.371. Thesaur. decis.86. nu. fin. Menoch.* vidẽdus *in consil.326. num.36. Cephal. conf. 649. nu.40. & 75.* qui in terminis loquitur, & innumeri quos in specie allegat idem *Casanat. in conf.3. nu.7. & seq.* vbi omnium latissimè hanc quæstionem disputauit, & contrarijs omnibus occurrit.

Defecisse etiam conditiones omnes, sub quibus fuit facta substitutio, seù ordinata distributio, facilè ostendebatur: Ipso enim posthumo primo loco substituto nõ nato, defecisse cõ-
5 stat, cõditionẽ si sine filijs decederet; non enim moritur, qui nunquã natus est, *Gloss. in l. qui duos, §.1. de manum. testam. cum concord. Oldrad. in d. conf. 177.* in casu fortiori, quem ab omnibus communitèr approbari fatetur *Alciat.* videndus *in conf.44. num.20. lib.9. Io. And. ad Specul. in tit. de testam. §. in primis, in vlt. addit.* Habet enim illa conditio si posthumus decedat,
6 aliam conditionem implicitam si nascatur; ideòq; illa non impleta ob natiuitatem non sequutam, dicitur defecta conditio si decedat, & conse-
7 quentèr omnes subsequentes substitutionum gradus ab illa dependentes, deficere, & corruere oportet, vt in terminis tradũt *Cephal. in d. conf.649. num.18. & seq. Alciat. d. conf.44 & consil.46. eodem lib.9. Menoch d. conf.326. per totum,* & post *Oldrad. Ancbar. Alex. Castr. Fulgos. Soccin. Decium,* & innumeros, ad saturitatem idem *Casanat. in conf.1 à num.15. cum seqq. ad finem, & Fulu. Pacian. conf.23. num.27. cum seqq.*

Nec poterat fieri extensio de vno
8 casu ad alium, quia conditio debet adimpleri in forma specifica, *l. qui heredi, & l. Mętius, ff. de cond. & demõstr.* aliàs defecta dicitur *l. cũ auus, ibi, conditionẽ defecisse, ff. de cond. & demonstr.* Ideò cum substitutio huiusmodi facta fuerit, si posthumus moriatur sine filijs, & sic ꝙ nascatur, & deindè moriatur sine filijs, non potest adimpleri per æquipollẽs, scilicet ꝓ natiuitatẽ non sequutã posthumi, pręcipuè cum casus nõ sint similes, sed diuersi, cùm aliud sit non nasci, aliud nasci, & prędecedere, ideò dixit *Angel. in conf.93.*
9 *visis, & inspectis,* quod hæc substitutio facta, si posthumus decedat, non verificatur posthumo nõ nato, sequitur *Soccin. sen. in conf.259. col.4. lib.2.* & *idem in l.1. col.15. vers. octauo notabilitèr limita, ff. de vulg.* & latè *Menoch. d. consil.326. à num.1. ad 32. & Casanat.*

Casanat. d. consil. 1. *per totum*.

10 Neq; dici poterat casũ mortis trahi ad casum nõ natiuitatis, ex coniectura mente testatoris, quia vt dixit *Alciat. in d. cons.* 44. *num.* 12. *&* 13. illud procedit in institutionibus, in quibus semper fit lata interpretatio, secus in substitutionibus, & fideicõmissis, per nonnulla, quæ allegat: Hinc dixit *Bald. in l.* 1. *col.* 2. *vers. quæro, C. de his, qui ante apert. tab.* quod si testator instituerit hæredem Petrum, & Antonium filios cum conditione, quod decedẽte altero sine filijs, succedat alter. Si Petrus decesserit cum filijs, deinè Antonius sine filijs, filij Petri non succedunt Antonio, & tamen ex verisimili mente disponẽtis, & ratione conseruandæ agnationis deberent succedere, quod contrariũ tenendum asserit ea ratione, quia testator penitùs omisit, & de hoc casu penitùs loquutus fuit, ideò non fit extẽsio, quam opinionem dicit communem *Ripa in l. hæredes mei, §. cùm ita, ff. ad Trebell.* plenissimè *Ias. in cons.* 29. *&* 30. *vol.* 3. refert, & sequitur *D. de Franch. in decis.* 91. *nu.* 27. *&* 28.

Quinimò ex mente testatoris videtur substitutio adempta, substituẽs enim sub conditione natiuitatis, &
11 mortis sine filijs, videtur eius fuisse voluntatis sub contrarijs conditionibus substitutionẽ adimere, *l. aliquando, in fine, ff. de condit. & demonstr. l. si legatum purè, & l. legata inutilitèr, ff. ff. de adimend. legat. Bart. in l. paterfamilias, quæst.* 1. *ff. de hæred. instit. Castr. in l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de condit. & demonstrat.* & in nostris terminis optimè *Cephal. in d. cons.* 649. *num.* 28. *&* 30:

Neque obstare dicebam, quod eũ eramus in substitutione cõpendiosa, in qua comprehenditur vulgaris, imò
12 eramus in expressa vulgari, dùm testator posthumo quandocumq; decedenti sine filijs substituit alios vulgaritèr, pupillaritèr, & per fideicõmissum, & consequentèr fiebat locus vulgari, etiam in casu non natiuitatis posthumi, vt per *Crauett. in consil.* 283. *post num.* 1. cùm illa comprehẽdat plures casus, noluntatis scilicet, & impotentiæ, & propterea non vi extensionis, sed comprehensionis casus hic comprehendebatur per ea, quæ ponit *Bart. in l.* 1. *col.* 3. *vers. est, & alia, & vers. ad declarationem, ff. de vulgar & Alciat. in tit. de verb. signific. lib.* 3. *in* 2. *quæst. tertij axiomatis.* Quoniam tùnc vulgari substitutioni etiam sub compendiosa comprehensæ, filijs non natis locus esse pote-
13 rit; quando substitutio facta fuerit sub conditione si filius nasciturus quandocumq; hæres non erit, tùnc enim sub ea comprehenditur omnis casus noluntatis, & impotentiæ, vel quando vnus ex his casibus noluntatis, vel impotentiæ expressus fuerit, tùnc enim de iure communi extenderetur de casu impotentiæ ad alterum noluntatis, vel è cõtrà, & procedũnt dicta per *Bart. Craueit. & Alciat. vbi supra*. At quando vnus casus indiuiduus impotentię exprimitur, tũc non extenditur, nec comprehendit alium casum similitèr specialẽ, & indiuiduum eiusdem impotentiæ, vt in themate, de quo disputabamus, vbi fuit expressus casus indiuiduus impotẽtiæ scilicet nascendi, & moriendi, & ideò non poterat extendi ad casum indiuiduum similitèr impotẽtiæ scilicet non nascendi, vt optimè obseruat *Castr. in l. gallus, §. & quid si tantùm, num.* 4. & ibidem *Imol. col.* 2. *ff. de liber. & posthum. Angel. in l. pater filium, ff. de vulg. Roman. in d. l. quandiù* 68. *ff. de acquir. hæred. Alex. cons.* 1. *num.* 15. *vol.* 1. optimè *Hieron Zancha in l. hæredes mei, §. cum ita, à num.* 60. & propriè *num.* 67. *ff. ad Trebell.* & ità etiam respondit idem *Alciat.* videndus *in d. cons.* 44. *num.* 48. *vers. quarto respondeo, lib.* 9. quia quando casus
14 impotentiæ est expressus, conditio dicitur voluntaria, & non extenditur secundum doctrinam *Bart. in d. §. & quid*

quid si tantùm, per *text. in l. commodissimè, ff. de lib. & posthum.* & hanc opinionem communem esse fatetur idẽ *Alciat. in l. 1. ff. de vulg.* vbi omnibus contrarijs respondet, *& in d. cons. 44.* vbi asserit esse etiam de mente *Bart. in l. si mater, §. 1. ff. de vulg. & Aretin. in d. l. quandiù*; Quia conditio adiecta
15 substitutioni compendiosæ attendi debet, nedùm respectu substitutionis fideicommissariæ, sed etiam respectu vulgaris, quæ illi tacitè inest, quod singulare dicit *Io. Baptista de Sancto Seuerino in l. precibus, vers. decimaquarta conclusio, C. de impub. & alijs substit.* & idem sentit *Soccin. in l. cum auus, vers. limita tamen opinionem, ff. de condit. & demonstrat.*

Et ideò doctrina *Bart. in d. l. quandiù, num. 10. vers. quæro*, non procedit,
16 quando conditio, quæ deficit, repugnat etiam secundo substituto, tùnc enim caducato medio gradu, caducati etiam dicuntur sequentes per *d. l. qui habebat*, cum ibi notatis, *ff. de vulg. Bald. in cons. 254. Titius, lib. 1.* vbi inquit, quod caducato medio gradu, non tamen perimitur conditio apposita in prima substitutione, sed conseruat vires suas ad exclusionem vltimi substituti, & refert idem *Alciat. in d. cons. 44. nu. 51.* qui in nostris terminis loquitur, & alios allegat, & benè etiam declarat *Menoch. d. cons. 326. à nu. 1. ad 36. Bertrand. cons. 365. lib. 1. & Corn. cons. 180. vol 3.* deficien-
17 te enim conditione, substitutio habetur pro non facta. *l. si pecuniam*, vbi *Dec. num. 4. ff. si cert. petat. l. necessariò, §. quod si pendente, ff. de peric. & com. rei vend.* paria enim sunt nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ nõ verificatur, *Ripa respons. 2. num. 23. lib. 1. & Cephal. cons. 17. num. 6.* Propterea prima substitutione ex defectu conditionis deficiente, integra totius vinculi structura deficit, & cæteræ omnes sequentes substitutiones corruunt, & pereunt, *l. si mater, §. 1. ff. de vulg. Peregrin. art. 15. num. 8. Zancha in d. §. cum ità, in 2. par. num. 67. & Casanat. d. cons. 2. num. 31.*

Et ex his minus obstare dicebam illam coniecturã desumptam ex prohibitione alienationis, & ex disgressione ad plures substitutionum gradus, declarando voluntatem suam esse, vt omnis eius hæreditas strictissimo fideicommissi vinculo esset obnoxia, quo casu videtur onus iniunctum primo, durare etiam in beneficium sequentium, etiam deficiente medio gradu, ex superiùs enarratis. Etenim hæc omnia bene procedere poterant, quando casus, & conditiones à testatore appositę euenissent, secus verò quando ab initio defecerunt, tùnc enim sequentes etiam corruere necessè est ex defectu conditionis, etiam quod adesset dictio *semper, & in perpetuum*, & similes perpetuitatem denotantes, vt post *Ias. in cons. 143. vers. non obstat quartum, & cons. 226. lib. 2. Dec. cons. 465. & Cephal. d. cons. 17. nu. 10.* refert *Casanat. d. consil. 2. num. 31. & seq.* quia præsumitur
19 voluisse testatorem, tùnc fideicommissum fore perpetuum, quandò conditio verificaretur, secus si deficeret, vt respondet *Crauett. cons. 98. num. 11.* & post *Alciat. in l. pater, §. fundum, in fin. ff. de leg. 1.* tenet in specie *Menoch. d. cons. 326. num. 62. cum seqq.* præcipuè cum prohibitio fuerit restricta ad prædictos hæredes nominatim institutos, & substitutos, vndè non poterat extendi ad alios, vt tradit post cęteros in pũcto idẽ *Menoch. in cons. 327. num. 7. 8. & 74.*

Et hæc adeò vera sunt, vt secundum nonnullorum opinionem procedant, etiã si ex vrgẽtissimis coniecturis appareret substitutiones fuisse conscriptas ratione conseruandæ agnationis, vt latè post alios probat *Honded. cons. 78. num. 36. lib. 2. Cephal. d. cons. 17. & cons. 544. num. 13. Simon de Pratis d. lib. 3. interpr. 3. dub. 1. fol. 12. num. 71. Petra de fideicommiss. quæst. 5. num. 105.* quia illo casu, & sub illa condi-

conditione à testatore considerata,
intelligitur prohibita alienatio, &
contemplata agnatio; secus autem
illis deficiētibus. Et licet aliqui huic
opinioni nō absolutè consentiant, in
casu tamen de quo disputabamus,
necessarium non videbatur in illa in-
sistere. Cùm nec agnatio, nec familię
conseruatio fuerat considerata, dùm
filios vtriusq; sexus vocauerit, & di-
stributionem faciendā ordinauerit,
& faciunt notata per *Casanat. in*
cons. 6. num. 13. cum seqq. Couar. in
cap. Rainaldus, in princ. num. vlt. de te-
stam. Magon. decis. Lucens. 7. num. 16. &
Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 6.
tit. 15. num. 9. & lib. 8. tit. 11. nu. 7. et 8.

Hac eadem etiam ratione, exclu-
debatur aliud obiectum de clausula
20 codicillari, cuius virtus illa est, vt
quamuis testamentum ob deficientiā
instituti, vel substituti, caducū efficia-
tur, quòad illius substitutionis gra-
dum, non tamen efficitur caducum
quòad alios gradus, à quibus incipe-
re poterit testamentum, vt per *Paris.*
post alios *in cons. 62. num. 15. lib. 2.*

Quoniam tùnc clausula codicilla-
ris effectum istum operatur, quando
conditionis verba verificantur, li-
cet efficiatur caduca substitutio per
mortem, putà si in nostra hypothesi
Posthumus natus esset, & deindè pr̨e-
mortuus sine filijs; tùnc enim, quàm-
uis esset caducata substitutio propter
præmorientiam Posthumi, tamen
quia conditio, si nascatur implicitè
comprehensa sub conditione si mo-
riatur, vt supra ostendimus, esset ve-
rificata; clausula codicillaris operari
potuisset suum conseruationis effe-
ctum: secus tamen quando verba
conditionis nō verificantur, sed defi-
ciūt, vt in casu de quo disputabamus,
in quo Posthumus natus non est; tūc
enim quia non euenit casus à testa-
tore consideratus, nullum operatur
effectum clausula codicillaris, vt in
claris nostris terminis respondet *Al-*
ciat. in d. cons. 44. num. 51. lib. 9. optimè
Castr. in cons. 394. nu. 4. vol. 1. & aper-
tiùs *Soccin. sen. cons. 76. in fine, lib. 3.*
21 vbi asserit clausulam codicillarem
tantummodò operari, vt illud, quod
non potest deberi ex testamento, de-
beatur ab intestato, sed non quando
casus à testatore dispositus, & proui-
sus non euenit, cùm virtus testamenti
non trāsfundatur in codicillos, *Bart.*
in l. 1. quæst. 1. ff. de iure codicill. & Me-
noch. d. cons. 326. num. 40.

Secūdo loco prædicta *Bartoli* do-
ctrina *in d. l. quandiù,* communitèr ab
22 omnibus restringitur, quotiescumq;
gradus substitutionis medius, nedùm
fuit in causā caduci redactus; sed pro
non scripro habitus, vt in nostro the-
mate, tùnc .n. sequentes omnes sub-
stitutiones ab illo dependētes absq;
aliqua distinctione caducātur, & de-
ficiunt, per *text. in d. l. vnic. §. 1.* ibi,
Nullo grauamine, (nisi per raro) in
hoc pro non scripto superueniente, C. de
caduc. tollen. Castr. in d. cons. 394. in fin.
lib. 2. Corn. cons. 298. num. 7. lib. 3. Dec.
cons. 427. num. 9. idem *Alciat.* omninò
videndus *in d. cons. 44. num. 50. & 51.*
lib. 9. de Pratis d. lib. 3. interpr. 3. dub. 4.
sol. 2. num. 2. vers. inspiciendæ autem
sunt, fol. 332. Menoch. d. cons. 326. nu. 35.
& Casanat. d. cons. 3. num. 3. & idem
Alciat. in cons. 46. num. 24. lib. 9. Cùm
igitur hic medius substitutionis gra-
dus nedum fuerit in causam caduci,
sed nullus, & pro non scripto, dùm
Posthumus primo loco substitutus
nunquàm fuerit in rerum natura,
quo casu prò non scripto censetur,
vt loquuntur omnes præfati DD. ne-
cessariò dicendum est deficere etiam
omnes substitutiones sequentes sub
illa conditione conceptæ: vbicumq;
23 enim pro nō scripta habetur in per-
sona illius, cui onus iniungitur, onus
etiam pro non scripto censetur, cùm
non adsit persona, in quam sermo di-
rigatur, *l. quidam referunt, de iure co-*
dicill. Imol. in l. quæ conditio, ff. de cond.
& demonstrat. & consequentèr apud
primum hæredē remanet sine onere
restitu-

restitutionis hæreditas, cùm nunquã habuerit onus, fundamenti radicem ob defectum conditionis, & substitutionis pro non scripta, vt in specie scripsit *Bald. in d.l.vnica*, §. *in primo*, *C.de caduc.tollend.* & ibidẽ *Salic.nu.*8. per *tex.in l.si duobus res* 16. §.*si Titio*, & *Posthumis*, vbi *Gloss. ff.de leg.*1.& benè refert *Castr. in d.cons.*394. *num.*3. *lib.*1. Et ratio differẽtiæ est, quia gradus in causã caduci redactus, à principio fuit validus saltem in habitu, & potentia, ideò iustum, & æquum videtur hæredem ex caducitate subsequuta, contra testatoris mentem, & voluntatem, hęreditatem minimè retinere. Sed in substitutione pro non scripta, voluntas à principio, neque habitu, neque potentia subsistit; & propterea iure meritò, cum pro non scripta habeatur, manet apud primũ hæredem absque aliquo restitutionis onere hęreditas, cui testatoris voluntas non resistit, plus enim nullitatis est in eo, quod à principio non sub-
24 sistit, quam in eo, quod ex post facto deficit, vt latè percurrit *Cephal.d.consil.*649. *num.*20. & *Casanat.d.cons.*2. *num.*25.& 26.

Cæterùm hæc omnia superiùs disputata, & discussa, eo casu deseruire potuisse, aiebam, si adhuc superessẽt, & superuiuerent Petrus Franciscus, & Carolus, vel ipsorum alter, qui dicto Posthumo nascituro, & sine filijs quandocumque decedenti, vulgaritèr, pupillaritèr, & per fideicommissum fuerunt substituti; eo enim casu esset disputandum, an caducato dicto medio substitutionis gradu, ac pro non scripto habito ex non natiuitate Posthumi, dici possent etiam caducati sequentes substitutionum gradus, quibus compendiosè fuerunt Petrus Franciscus, & Carolus vocati, & eo casu procedere possent omnes considerationes, & authoritates superiùs adductæ.

Attamen in specie nostra, superfluas omninò illas existimabam: eramus enim in casu, quo omnes substituti præmortui fuerãt viuente adhuc Principe hærede instituto; & solùm quæri poterat an post illius mortem, hinc ad mille annos, locus esse posset distributioni fructuũ hæreditatis faciendæ inter illos de familia Rauasceria; qui nullo modo, nec per vulgarem, neq; per fideicommissariam, neque per compendiosam videbãtur vocati. Quoniam non vocantur ad hęreditatẽ, ità vt posset dici substituti dicto Principi hæredi, vel Posthumo, & alijs substitutis, sed tantùm ad fructus, & introitus hæreditatis distribuẽdos iuxtà ordinẽ charitatis testatoris, qui nihil de hæreditatis proprietate disponit, & ideò in eis non poterat militare ratio vulgaris substitutionis sub compendiosa comprehensæ, nec doctrina *Bart. in d.l.quandiù*. Et hæc est tertia limitatio ad prędictam doctrinam, quam ponit *Alciat. in d.cons.*44. *num.*52. *vers.tertia limitatio, lib.*9.& refert etiam *de Pratis d. vers.inspiciendæ autem sunt, num.*2. *fol.* 332. quia illa procedit quando vlti-
25 mus substitutus, est vocatus ad eandem rem, & hæreditatem, in qua fuit substitutus primus, secus si in re diuersa, vel in re particulari, per *text.in d.l.qui habebat, de vulg.* vbi *Cuman.* & cæteri, quem *Viglius in comment. ad* §. *sed si instituto*, *Instit. de vulg.* latè exornat: Nàm præsupponunt *Bart.* eiusq; opinionis sectatores, quod sequens substitutionis gradus per vulgarem sub compendiosa comprehẽsam, admittatur ad hæreditatem, ad quam erat vocatus ille medius, qui ex defectu conditionis fuerat caducatus: Hoc autem præsuppositum fieri nullo modo potest, vbi sequens substitutus non est vocatus ad eandem hæreditatem, sed ad rem diuersam, putà ad rem singularem; quia vulgaris substitutio nõ potest locum sibi vendicare, cum repugnaret voluntati disponentis, qui noluit sequẽtem in totũ admitti, sed in re tantùm singu-

singulari, & consequentèr nō poterit
vulgaris suum producere effectum,
aliàs hæreditas remaneret pro parte
in suspēso, quod admitti nō debet; &
ideò cùm Posthumus primo substitu-
tus, imò secundus, & tertius, Petrus
Frãciscus scilicet, & Carolus ad vni-
uersale hæreditatis fideicommissum
fuissent vocati, vltimi verò de familia
ad fideicommissum particulare, fru-
ctuum scilicet inter eos diuidendo-
rum, non poterat procedere regula,
& doctrina *Bart. in d. l. quandiù*, cùm
nulla adesset substitutio, quæ locum
habere posset sublato medio, dùm se-
quētes ad aliam rem fuerunt vocati,
d. l. qui habebat, & ibi *Castr.* & cæteri,
& in puncto consuluit idem *Alciat.*
videndus *in d. cons. 46. per totum*, &
propriè *num. 25. lib. 9.*

26 Nec dici poterat appellatione fru-
ctuum, ac redditum, qui æquiparan-
tur in iure, *l. vsusfructu 7. ff. de vsufr.*
venire etiam totam hæreditatē; quo-
niam maxima esset improprietas; hæ-
reditas enim in iure consistit, fructus
verò dicuntur qui singulis annis per-
cipiuntur, *l. nihil aliud, ff. de verbor. si-
gnific. l. fundi trebatiani, de vsufr. legat.*
27 & habentur vt quid separatū à pro-
prietate, & substantia, vt latè per do-
ctissimum *Salmaticensem Episcopum
Valenzuelam in cons. 56. nu. 5. & 6.*

Et ex his facillimè diluebantur,
quæ in contrarium adducit *Peregrin.
d. art. 15. num. 14. & 16.* vbi totum
fundamentum facit in eo, quod ne-
28 gari non possit, quin illæ subordinatæ
substitutiones contineant vulgarem,
quæ locum habet etiam Posthumo
non nato; præsupponendo, quod fiat
extensio: quam nos supra refellimus;
nàm admisso hoc, citrà veritatis præ-
iudicium; deficere videtur hoc casu
ratio *Peregrini*, dùm non adest vul-
garis substitutio ad totam hæredita-
tem, in qua erat substitutus Posthu-
mus, & sic medius gradus, & conse-
quentèr non possit vltimus per vul-
garem in eius locum subrogari, cùm
diuersimodè fuerit substitutus, scili-
cet in fructibus, & sic in re particu-
lari; vt optimè refert idem *Alciat. in
l. cohæredi, in princ. ff. de vulgar. & pu-
pill.* per *text. in l. si mater, §. 1. cum glos.
ff. eod. tit.* & idem *Peregrin. in cons. 55.
num. 18. lib. 2.*

29 Præterea *Bartoli* doctrina proce-
dit quando vltimus substitutus po-
test venire per vulgarem sub com-
pendiosa comprehensam, vt propriè
ipse loquitur, & declarat etiam *Al-
ciat. in d. cons. 44. num. 53. lib. 9.* Atta-
men isti de familia vtriusq; sexus, in-
ter quos esset facienda fructuum di-
stributio, non possunt admitti iure
directo, & per vulgarem, cum fuerint
vocati in re certa per verba commu-
30 nia, quo casu sub compendiosa, qua-
tenùs adesset substitutio, non com-
prehenditur vulgaris, vt docet idem
*Bart. in l. centurio, vers. quæro vlterius,
ff. de vulgar.* Quinimo sunt etiam vo-
cati post mortem nedùm primi hæ-
redis, sed post obitum aliorum sub-
stitutorum sine filijs, quo casu impos-
sibile est in iure, vt quis post mortem
31 primi hæredis, alium vocare possit
directè, sed tantùm per fideicommis-
sum, *l. post aditam, C. de impub. & alijs
substit.* nisi fuerit miles, *d. l. centu-
32 rio, ff. de vulgar.* cum iura directa
semel affixa ossibus primi hæredis,
non possint in substitutum transfun-
di nisi per fideicommissum, etiam si
esset substituta Ecclesia, secundum
*Bald. in l. 1. vers. quarto incidentèr, C. de
sacrosf. Eccles.* & ideò si testator uoluis-
set, neque potuisset hoc facere, etiā
verbis directis substituendo, *l. filius
familias 107. §. vt quis hæredem, ff. de
leg. 1.* quantò fortiùs in casu nostro,
in quo testator hoc non fecit, nec il-
los ad hæreditatem directè, nec per
fideicommissum admisit? sed tantū
ad fructuum, reddituumq; distribu-
tionem, quo casu omnia in contra-
rium adducta corruunt, & resoluun-
tur.

Neque possent per fideicommis-
sariam

ſariam admiſti,quatenùs concederemus fuiſſe per fideicommiſſariã ſubſtituti,proût negamus. nàm deficiente cõditione in perſonam primi ſubſtituti concepta, imò illa habita pro
33 non ſcripta,defecerunt etiam ſubſtitutiones ſequentes fideicommiſſariç, quæ ſub illa conditione fuerunt ordinatæ, *Bart.Bald. & Imol. in d.l.qui habebat, Alexand in d.l.cohæredi, ff.de vulg. Alciat. d. conſ.*44. *num.*30. *lib.*9. *Cephal. d.conſ.*649.*num*40.*&* 75.*Menoch.d.conſ.*326.*num.*36.*Theſaur.in d. deciſ.*86. *in fine, Caſanat.d. conſ.*3. *num.*7.*&* 10. *cum ſeqq.* vbi latè comprobat,& idem *Peregr.d.art.*15.*nu.*40. *& ſeq.*qui licet *nu.*32.hoc difficultet, illud eſt, quia in caſibus, in quibus loquitur, inerat etiam vulgaris ſub compendioſa comprehenſa,vt diſtinguit *Caſtr.in conſ.*152.*vol.*1.*& Alciat. in conſ.*44. *num.*53.*& conſ.*46. *nu.*13. *vol.*9. & ſic in merè fideicommiſſaria ìpſemet *Peregr.* videtur tenere hanc opinionem,dùm ſe refert ad *Caſtr.& Alciat.*quos allegat *num.*34.

Cùm igitur in caſu noſtro deficeret nedùm vulgaris comprehẽſa ſub compendioſa, ſed etiã fideicommiſſaria, cum ad hæreditatem, neq; per fideicommiſſum fuerint iſti de familia vocati, ſed tantũ quòad diſtributionem fructuũ, & quatenùs adeſſet vulgaris, & fideicommiſſaria, neutra locũ ſibi vindicare poſſet, nedùm ex defectu cõditionis medij gradus, ſed quia habebatur pro nõ ſcripta, omninò dicendũ fore exiſtimabam, fideicommiſſum extinctum.

Die Menſis 1624.

Facta relatione in S.C. cum interuentu Doctiſſimi Io.Baptiſtæ Valenzuela Velazquez tùnc Regentis Regiam Cancellariam,& officium Præſidis Sac. Conſ. deindè Epiſcopi Salmaticenſis, fuit prouiſum, fideicommiſſum eſſe extinctũ, & bona remanere penès Principem hæredẽ, abſq; aliquo reſtitutionis,vel diſtributionis vinculo.in Bãca de Fœlice Act.Mag.

SVMMARIVM.

1 *Conditio videtur defecta quotieſcumq; ſtat per implere debentẽ.*
..*Quod in quacumque conditione procedit, ſiuè poteſtatiua, ſiuè mixta, ſiue alia quacumque.*
..*Limitatur tamen fauore libertatis, in conditione tamen caſuali.*
2 *Conditio etiã defecta cenſetur, per caſum contingentem in perſonam eius, qui implere debebat.*
..*Quod tamen procedit, quando ab initio per eum ſteterit, quominus adimpleretur, ſecus ſi ex poſt facto.*
..*Quia ſufficit per momentum conditionem fuiſſe impletam.*
3 *Conditio huiuſmodi deficit, etiam per caſum contingentem in perſonam alterius, quam ipſius legatarij implere debentis.*
..*Etiam ſi per legatarium non ſteterit, quominus adimpleatur: quod tamen declaratur.*
4 *Antinomia inter* Papinianũ in l. Seio 10. ff. de ann.legat.*&* Sceuolam in l.mçuia 13. & in l.annua 20. ff. eodem, *adducitur, & concordatur. num.*5.
6 Text. in l.illis libertis 83. ff.de condit.& demonſtrat. *declaratur.*
7 *Diſpoſitio modalis nõ deficit, quàmuis ſit mixtus modus, & deficiat per caſum.*
8 Text. in l. ſi fundum per fideicommiſſum 94. §.Iulianus, aliàs eſt lex ſi Titio 95. ff.de legat.1.*enucleatur.*
9 *Via exequutiua agi poteſt pro legato.*
10 *Conditione appoſita in vtilitatem, & commodum hæredum, non autem legatarij, non procedit diſpoſitio* tex. in d. l. annua 20. ff.de ann. legat.*ſed* text. in d. l. illis libertis 83. ff. de condit.& demonſtr.
11 *Ceſſante legati cauſa, ipſum etiam ceſſat legatum.*
..*Præcipuè quando eſt finalis.*
12 *Cauſa finalis dicitur, quando legatum eſt relictum ad vtilitatem alterius, quam legatarij.*

13 *Cōditio inducitur per dictionem* si, *vel per Gerundiū, quod regulariter conditionem importat.*

14 *Gerundium tunc conditionem, vel finalem causam, inducit quando regulatur à persona legatarij, non autem à persona loquentis.*

. . Ità vt possit resolui in dictionē si.

15 *Gerundium dumtaxàt in accusatiuo, vel genitiuo cum adiectione* animo, *vel* causa, *conditionem operatur.*

16 *Gerundium continens onus explicandum ab eo, ad quem refertur, modum non autem conditionem significat.*

17 *Causa propriè loquendo, non potest esse de futuro sed semper de præterito, vel de præsenti.*

18 *Causa quando respicit futurum, accipitur pro modo.*

19 *Causa expressa in vim modi, non dicitur finalis, sed impulsiua.*

. . Præcipuè in dispositione hominis.

20 *Causa impulsiua cessante, non cessat dispositio.*

21 *Dictio* Vt, *modum non conditionem denotat.*

. . Etiam si adijciatur conditio in modo.

22 *Onus implendum post legati acquisitionem, dicitur modale.*

23 *Modus potius in dubio, quam conditio præsumitur.*

24 *Legatum cum adiectione oneris, quod Doctores vocant per fideicommissum, æquiparatur legato modali.*

25 *Legatum modale, siue per fideicommissum, quod concernit fauorē alterius, quā legatarij, si defecerit ex facto testatoris censetur ademptum.*

. . Ea ratione, quia cessat onus, quod fuit causa finalis legati.

. . Si verò deficiat casu, non deficit legatum, sed legatario debetur.

. . Quia per eum non stat, quominus onus adimpleat, vel fideicommissum præstet.

26 Bartoli *distinctio* in l. codicillis 91. ff. de legat. 2. *adducitur, & explanatur.*

27 *Legatum tutori relictum, intelligitur contemplatione tutelæ.*

. . Vndè illa cessante, cessat legatum.

. . Si tamen iure probibeatur legatarius tutelam gerere, puta quia miles, vel minor, habebit legatum, quia per eum non stat.

28 *Onus quando ex post facto adimpleri nequit ex accidenti, vel casu, debetur nihilominus legatum.*

. . Quia per legatarium nō stat, quin adimpleatur.

29 *Principis facto resisti non potest, præcipuè iustè imperantis.*

30 *Aduocatus potest cogi ad Consiliarij munus suscipiendum.*

31 *Conditio si non adimpleatur facto tertij, in cuius persona non erat conditio implenda, si iustè impedit, adeò vt contra eum non possit haberi regressus, habetur pro impleta.*

. . Aut verò iniustè, & habetur pro defecta, si tamen ille tertius soluendo sit.

32 *Conditio habetur pro impleta, si is, qui adimplere tenebatur, fuit facto superioris impeditus.*

. . Vel vbicumq; deuenitur ad casū impossibilem sine culpa adimplere debentis.

33 *Onus impositum post perfectum legatum, etiam si aliquo casu impleri nō possit, præter tamen testatoris ademptionem, non impedit, quin debeatur legatum.*

ARGVMENTVM.

Conditionale legatum, si deficiat per casum contingentem præcipuè in persona legatarij implere debentis, minimè deberi: non sic in modali, præsertim quando facto Principis iustè imperantis, impeditur legatarius onus legato adiectum adimplere:

re: Hinc legatum Aduocato relictum, vt hæredis negotia patrocinetur, deberi etiam si is ad Consiliarij munus assumptus fuerit, cum per eum non stet, quo minus patrocinium præstet: indè nonnulla de legato conditionali, modali, causali,& per fideicommissum,non inutilitèr annotantur.

I. M. I.

DISPVTATIO LXIX.

1 Onditionē omnino videri defectam,quotiescumq; steterit per implere debentem, nè adimpleatur,certissimi iuris esse censuit *Aphricanus in l.in testamento* 31. *ff.de condit.& demonstr.* ibi: *Siquidèm ipse noluit vxorem ducere,quia ipsius facto conditio deficit,nihil ex legato ipse consequitur;* cui etiam cōcordare videtur *Papiniani responsum in l.Titio centum* 70.§.*fin.ff.eodem tit.* ibi: *Quod si noluit eam vxorem ducere,Titio legatū petenti, nocebit exceptio doli*, & hoc quidèm procedere dicunt omnes in quacumque conditione siuè potestatiua,siuè mixta,siuè quacumq; alia, vt benè ex generalitate *text.in d. l.in testamento* colligitur. Quàmuis in relicto libertatis nō ità indefinitè procedat, quoniam si sub potestatiua conditione fuerit relicta libertas,si per eum steterit,quominus adimpleatur, cōditio deficiet, & seruus nihilominus remanebit. Quia & libertate,& hæreditate,sua culpa defraudatur; non ità si casualis fuerit conditio, & ex fortunæ insidijs conditio defecerit, vt singularitèr videtur decidere *Imperator Iustinianus in l.fin.C.de necessar.seru.hered.instituend.*

Hoc autem adeò indubium esse videtur,vt extendatur etiam quando
2 conditio defecit per casum, contingentem tamen in personam eius,qui implere debebat, nàm & tùnc conditio habetur pro defecta,& legatum non debetur,vt clarissimè etiam probatur in *d. l. in testamento*, ibi: *At si ipse decedat, nihil ad hæredem suum transmittere, quia morte eius conditio defecisse intelligitur,* ad quod etiā comprobandū adducitur *Modestini* responsum, secundum intellectum *Castrensis in l.sub diuersis* 50. §.*fin.ff. de condit.& demonstr.* & clariùs probat *text.in l.*1.§*.fin autem,C.de caduc. tollend.* vbi in omnibus conditionibus siuè potestatiuis, siuè mixtis, siuè casualibus, concluditur, conditionem pro defecta habendam, quotiescumq; stat per casum contingentem in personam implere debentis.

Quod tamen procedere dicimus quando ab initio per eum steterit, quominus adimpleretur; secus si ex post facto,tùnc enim relictum consequetur, ac si per eum non stetisset,vt videtur voluisse *Bal.in l.*1.*in vlt.quæst. C.de instit.& substit.* quia sufficit per momentum impletam fuisse conditionem, *l.si quis hæredem, C.eod.tit.* & tenet etiam *Imol.in d.l.in testamento, ff.de condit.& demonstr.*

Quin etiam eodem modo dicendum videtur, si conditio deficiat per
3 casum etiam contingentem in personam alterius, quam ipsius legatarij implere debentis,vt habetur per *Papinianum in l.Seio* 10. *ff. de ann. legat.* vbi ità loquitur: *Seio amico fidelissimo*
4 *si voluerit,sicut meis interueniebat, eodem modo filiorum meorū negotijs interuenire annuos aureos, & habitationem qua vtitur præstari volo, non ideò minus annua Seio pro parte hæreditaria viuentis filiæ deberi placuerit, quod ex tribus filijs Titię testatricis,duo alijs hæredibus institutis, vita decessérint,* cum

cum tàm labor, quàm pecunia diuisionē patiatur. Ex quibus verbis clarè colligitur, quod conditio illa si voluerit filiorum negotijs interuenire, defecta dicitur etiam per casum contingentem in personā filiorum, qui decesserunt, & consequentèr extinctum legatum, etiam quod per legatarium non steterit, quominus adimpleatur, nec conditio deficit per casum contingentem in personam legatarij, sed alterius.

At contrà videtur respondisse *Sceuola in l. Meuia 13. ff. eod. tit. de ann. legat.* dùm asserit ibi: *Lucio Titio bono viro, cuius obsequio gratias ago, dari volo annuos quandiù viuet aureos decem, si rebus nepotis mei interuenerit, omnemq; administrationem rerum nepotis mei ad solicitudinem suam reuocauerit:* Quæritur *cum Lucius Titius aliquo tempore Meuij nepotis negotia gessit, & per eum non stetit, quo minus gerat: Publius autem Meuius nolit eum administrare, an fideicommissum præstari debeatur;* Respondit, *si non propter fraudem, aliamuè quam iustam causam improbandæ operæ causa remotus esset à negotijs, quę administrare secundum defuncti voluntatem vellet, percepturum legatum.* Quod etiam idem *Sceuola* repetijt *in l. annua 20. ff. eodem,* ibi: *Annua his verbis legauit, si morentur cum matre mea, quam hæredem prò parte institui, quæsitum est, an mortua matre conditio apposita defecisse videatur, ac per hoc neque vestiaria, neque cibaria his debeantur? respondi secundum ea, quæ proponerentur deberi.* Ecce quod deficiente cōditione per casum contingentem, non in personam legatarij implere debentis, sed alterius nō amittitur legatum, sed debetur, cum per legatariū non steterit; & in hanc etiam sententiam videtur inclinasse *Paulus in l. illis libertis 83. ff. de condit. & demonstrat.* ibi, *Paulus* respondit, *conditionem quidèm in personam libertorum, qui cū filio defuncti morati sunt, aut per eos non stetit, quo minus morarentur, mortuo filio testatoris defecisse non videri.*

Sed facili negotio hæc iura ad cōcordiam reducuntur *textus* enim in
5 *d. l. Meuia* loquitur quando conditio defecit propter noluntatem nepotis, cuius negotia testatrix mandauerat per legatarium administrari. Vndè cum absque causa à negotijs remotus fuisset, nec per eum steterit, debebitur legatum, secus autem fuisset, si per casum fortuitū etiam contingentem in personam alterius, quam implere debentis, quia tunc procederet dispositio *Papiniani in l. Seio, ff. de ann. legat.* vt notat *Gloss.* ibidem *in verbo eum administrare.*

Neque contraria est decisio eiusdem *Sceuolæ in d. l. annua:* Quoniam licet determinet deberi legatum etiā mortua matre, cum qua morari legatarius debebat, tamen illud fuit, quia conditio, apposita fuerat in vtilitatē matris, vndè cessante causa, per quā fuerat legatum relictum, defecisse legatum, dici oportet: Quod meliùs declarat idem *Paulus in d. l. illis liber-*
6 *tis,* vbi postquàm dixerat legatum factum libertis, si cum filio testatoris morati fuerint defecisse non videri, mortuo filio testatoris, cum per eos non steterit, subdit: *Sed si testator propter filij vtilitatem, ijs qui cum eo morati fuissent, alimenta præstari voluisset contra voluntatem defuncti petentes audiri non oportere;* & ideò cum legatum annuū relicto Seio, si filij negotia gesserit, factum fuerit in vtilitatem filiorum, non mirùm si illis defunctis, legatum non deberi placuit, etiam quod conditio deficiat per casum contingentem in personam alterius quam implere debentis, vt benè etiam explicat *Gloss. ibidem in verbo non videri,* & ità post *Anchar. Soccin. Ruin. & Decium,* refert *Menoch. in cons. 146. num. 1.* vbi sic intelligit *tex. in d. l. Seio.*

Attamen hæc omnia, quæ in conditionali dispositione diximus procedere

cedere

7 cedere, locum minimè sibi vindicare in modali dispositione dicendũ est, nàm licet sit mixtus modus, & deficiat per casum, non tamen deficiet relictum, *text.* est singularis secundũ *Dinum in l.si fundum per fideicommissum* 94. §.*Iulianus*, aliàs est *lex si Titio* 95.*ff.de leg.*1.vbi *Vlpianus*, siuè *Iulianus* ait, *Si Titio pecunia legata fue-*
8 *rit, & eius fideicommissum, vt alienum seruũ manumitteret, nec dominus eum vendere velit, nihilominus legatum capit, quia per eum non stat, quominus fideicommissũ præstet, nàm etsi mortuus fuisset seruus, legato non submouebitur.*

Vndè clarè colligitur, quod si modalis dispositio per casum contingẽtem in personam alterius, quam implere debentis deficiat, non deficit legatum, cui etiã Doctores pro concordantibus adducunt duo eiusdem *Scæuolæ* responsa *in l.Lucius* 90.§.*quisquis, il primo, ff. de leg.*2. & in *l.pater filium* 36. §.*Tusculanus, ff. de legat.*3. vbi *Gloss.* notat, & obseruat etiã *Bart. in d.l.Titio centum*, §.*Titio genero, col.*1. *de condit. & demonstr.* & benè *Alex.in d.l.*1. *C.de instit. & substit. colum.*1. & communem opinionem esse dicunt omnes.

De his autem latè fuit in S.C. disputatum in causa Regij Consiliarij Marcelli Marciani mei Genitoris cũ Principe Auetranæ: Etenim Io. Albricius quon. Princeps Auetranæ in vltimo eius elogio legatum annuum ducatorum tercentum meo Genitori tũc eius Aduocato, reliquit per hęc verba:

*Lascio al Signor Marcello Marciano mio Auuocato duc.*300. *l'anno durante sua vita solamente, da pagarnosi di terza in terza: pregandolo che debbia hauer pensiero delle mie liti, e particolarmente della lite, che tengo con il Regio Fisco.*

Mortuo deindè Principe testatore in mense Maij 1614. ac transacta lite cum Regio Fisco, in qua meus Genitor consilium non aspernendum ediderat, vt videre est in eius *cons.*19. *lib.*2. quod etiam doctissimus *Regens Tapia Marchio Belmontis* inter eius lucubrationes imprimi curauerat *libro* 5. *de Iure Regni sub tit.*44. *de bonis foriudicatorum à num.*6. *cum seqq. fol.* 323. Catholici nostri Regis munificentia fuit meus Genitor in anno 1623. sub die 5. Nouembris in Regiorum Consiliariorum numerum assumptus; & nihilominus Princeps Io.Antonius hæres vsque ad annum 1629. legatum ei quotannis soluit.

Cùm autem à solutione defecisset, petijt meus Genitor per S.C. prouideri via exequutiua, quod Princeps solueret quantitates decursas, & in futurum solutionem continuaret, seruata forma legati.

9 Quodq; pro legato via exequutiua agi posset, dicebatur communis esse opinio, vt post *Gloss.in* §.*illud, in auth.de hæred. & falcid. in verbo decreto*, & ibidem *Angel.* dixit *Ias. in l.fin. num.*16. *C. de edicto diui Adrian. toll. Ioseph.Ludou.decis.Perus.*13. *Crass.* qui communem, & acceptam asserit in §.*legatum, quæst.*77. latè *Simon de Prætis in cons.*117.*num.*55.*lib.*1. & in *eius tract.de interpr.vltim.volunt. fol.* 523.*à num.*138.*&* 144. *cum seq. Parlador.lib.*2.*rer.quotid.cap.fin.par.*1.§.9. *num.* 2. *&* 4. & latissimè post *Cæuall. commun. contra commun. quæst.* 103. *num.*39.*cum seq.Gratian.discept.forens. cap.*62.*num.*16.*&* 22.*cum seqq.& cap.* 254.*num.*44.*&* 45.

At in contrarium opponebatur, legatum huiusmodi nullo modo deberi; quasi fuerit conditionale, si causas scilicet illius, meus Genitor patrocinaretur, ideòq; defecta conditione culpa ipsiusmet legatarij implere debentis, vel ad minus per casum in eius personam contingentẽ propter munus Regij Consiliarij, ad quod fuerat electus, quo prohibebatur pro alijs particularibus, causas agere, & patrocinari; defectum etiam dicebatur esse legatum, ex dispositione *d. l. in*

testa-

testamento 31. *ff. de cond. & demonstr.* & magis in terminis ex dispositione *d.l. Seio* 10. *de ann. legat.* vbi in simili conditionali legato, si negotia gereret, extinctum esse legatum decernitur, propter defectum conditionis, etiam per casum contingentem in personam filiorum, qui decesserunt, ac etiam quod per legatarium non steterit, quo minus adimpleretur.

Eo fortiùs eum conditio illa fuerit
10 apposita potiùs in vtilitatē, & commodum hęredum, non autem legatarij, vndè non poterat habere locum dispositio *d.l. annua* 20. *ff. de legat. præstand.* sed procedebat distinctio *tex. in l. illis libertis* 83. *ff. de cond. & demonstr.*

Quibus etiam addebatur, negari non posse, quin saltē censeri deberet
11 relictū contemplatione, & causa patrocinij, & consequētèr cessante causa legati, cessare etiam debere legatum ipsum, ad *text. in l. filio, §. matri, & l. alteri, ff. de adimend. legat. cum concord.* præcipuè quando causa est finalis relicti, prout dicebatur esse in
12 hoc casu, dùm respiciebat vtilitatem alterius, quam legatarij, secundum doctrinam *Bart. in l. 2. §. Titio, num. 2. vers. quandoque causa, ff. de donat.* per *text. in l. Titio centum* 70. *in princ. ff. de condit. & demonstr.*

Verumtamen, hæc omnia per partem ex aduerso opposita, parum obstare dicebam ex multis.

Legatum enim huiusmodi, nullo modo fuisse conditionale, satis clarè apparere fatebar, nullum enim verbum, nulla loquutio, nulla oratio in eo conditionem denotare poterat; quippè qui non dixit testator, relinquo ducatos tercentum, si mearum litium curam habebit, vel gerendo mearum litium administrationē, qui-
13 bus verbis, & locutionibus conditio induci solet, vt docet latè *Bart. in l. 1. ff. de condit. & demonstr.* sed tantùm rogauit eum, vt suarum litium curam haberet, quæ verba conditionem minimè denotant, sed modum.

Et quàmuis vsus fuerit gerundio scilicet *pregandolo*, quod regularitèr conditionem importat, vt per eundē *Bart. & DD. in d.l. 1. ff. de condit. & demonstrat.* vel saltem causam finalem, vt per *Alex. in addit. ad Bart. in d.l. 2. §. Titio, ff. de donat. lit. B.* Nihilominus doctrina *Bart. & Alex.* non poterat ad casum dè quo agebamus rectè applicari.

Quoniam tunc gerundium conditionem, vel causam finalem inducit, quando regulatur à persona legatarij, non autem à persona loquentis, &
14 potest resolui in dictionem, *Si*, aliàs si in huiusmodi dictionem, *Si*, resolui non poterit, conditionem, vel causam finalem nequaquā significare valebit: Putà si dixisset relinquo centum vxori seruando lectum viduale, vel centum lego Caio gerendo negotia mea, tunc enim Gerundium illud seruando, vel gerendo, respicit personam legatarij, & ab illo regulatur, qui conditionem illam, seù causam adimplere tenetur; & potest resolui in dictionem, *Si*, videlicet si lectum viduale seruauerit, vel si negotia mea gesserit, *Bald. in cons. 267. n. 4. circa medium, vers. sed potest responderi, lib. 5. & Dec. in cons. 433. num. 6.* qui alios allegat. Quod nullo modo dici poterat de hoc gerundio, quo in casu nostro vsus erat testator, dùm dixit, rogando eum, vt negotia mea gerat, nō enim illud regulatur à persona legatarij, sed loquentis, qui rogat, nec potest resolui in dictionem, *Si*, esset enim inepta locutio, si testator dixisset: Si rogauero eum, vt mea negotia administret, & patrocinetur, & ideò huiusmodi Gerundium conditionale legatum efficere nō valebit; Neque etiam causam finalem deno-
15 tare: quia hoc efficit tantummodò Gerundiū in Accusatiuo, vel in Genitiuo, cū adiectione *animo*, vel *causa*; puta si diceret legislator, facere legem ad reprimendum, vel causa reprimendi; vel testator relinqueret lega-

legatum ad faciendum hoc, vel illud,
vel animo, vel causa faciendi hoc, vel
illud, vt docet benè *Bart. in extrauag.*
ad reprimendum, in verſ. nec ex eorum
abſentia, num. 13. *&* 14. *verſ. & hoc ap-*
16 *paret*. Quinimò Gerundium quan-
do continet onus explicandum ab
eo, ad quem refertur; modum non
conditionem ſignificat, vt tradit idē
Bart. vbi ſupra num. 14. *verſ. ſed certè*,
& in *l. quibus diebus*, §. 1. *ff. de condit.*
& demonſtr. Igitur cum legatum hu-
iuſmodi conditionale minimè iudi-
candum videbatur, neceſſariò ſeque-
batur non poſſe vllo modo applicari
deciſionem *d. l. Seio, cum alijs concord.*
quæ in legatis conditionalibus tan-
tùm loquitur, & locum habet.

Neque etiam dici poterat cauſale;
quia cauſa propriè loquendo nō po-
17 teſt eſſe de futuro, ſed ſemper eſt de
præterito, vel de præſenti, vt tradit
Bart. in d. l. Titio centum, §. *Titio gene-*
ro, ſub num. 2. *verſ. præterea iſta verba*,
ff. de condit. & demonſtr. & in *l. demon-*
ſtratio, § *quod autem, num.* 2. *verſ. defi-*
nias ergo, ff. eod. tit. per *text. in l. ſi Ti-*
tia, in fin. ff. eodem, vbi ideò differre à
modo aſſerit, quia modus eſt de futu-
ro; & ideò quando cauſa reſpicit
18 futurum, accipitur pro modo, vt di-
xit idem *Bart. in d. l.* 2. §. *Titio, ſub n.* 2.
verſ. quandoque cauſa, ff. de donat. &
benè *Barz. deciſ.* 79. *num.* 8. & eadem
deciſio procedit in vna, quam in al-
19 tero. Præterquā quod cauſa expreſſa
in vim modi non dicitur finalis, ſed
impulſiua, *Bart. in l.* 2. §. *fin. ff. de donat.*
Salic. in l. pecuniam, col. fin. C. de condit.
ob cauſ. & Barz. in d. deciſ. 79. *num.* 32.
præcipuè in diſpoſitione hominis, in
qua ferè ſemper præſumitur impul-
ſiua, vt poſt alios latè *Surd. de alim.*
tit. 5. *quæſt.* 5. *n.* 10. & proptereà cauſa
20 impulſiua ceſſante, non ceſſat diſpo-
ſitio *d. l.* 2. §. *fin. de donat. & Barz. deciſ.*
81. *num.* 9.

Erat igitur legatum hoc, vel mo-
dale, prout ſonare videntur illa ver-
21 ba, vt mearum litium curam gerere
debeat: tùm ex illa dictione, *Vt*, quæ
modum, non conditionem denotat,
d. l. demonſtratio, §. *vlt. ff. de condit. &*
demonſtr. cum concord. & Menoch. qui
alios allegat *lib.* 4. *præſumpt.* 146. *nu.* 5.
Quod in tantùm procedit, vt etiam
ſi teſtator adiecerit conditionem in
modo, putà ſi dixerit lego Titio cen-
tum ſub conditione, vt hoc, vel illud
faciat, non tamen erit legatum con-
ditionale, ſed modale, non obſtante
prædicta clauſula, *ea conditione*, vel
ſub conditione, quia illa verba ima-
ginem, non autem ſubſtantiam con-
ditionis habere vidētur, vt poſt *Bart.*
in l. quibus diebus, §. *Termilius, num.* 5.
ff. de condit. & demonſtr. & Barboſ. in
rubr. ſolut. matrim. par. 1. *num.* 29. tra-
dit *Craſſ. in d.* § *legatum, quæſt.* 79. *&*
quæſt. 58. *num.* 2. per *text. in l mevia*,
22 *ff. de manum. teſtam.* tùm etiam quia
onus erat implendum poſt legati ac-
quiſitionem, vt colligitur ex traditis
per *Molin. lib.* 2. *de primogen. cap.* 12.
num. 5. *&* 6. *Mantic. de coniect. vltim.*
volunt. lib. 10. *tit.* 5. *num.* 16. *Gratian.*
diſcept. forenſ. cap. 406. *num.* 15. *Barboſa*
d. par. 1. *rubr. ſolut. matrim. num. Peregr.*
de fideicommiſſ. art. 11. *num.* 113. tùm
23 denique, quia in dubio potiùs mo-
dus, quam cōditio præſumitur, *Man-*
tica vbi ſupra num. 12. *Menoch. d. lib.* 4.
præſumpt. quæſt. 175. *num.* 15. *& Pere-*
grin. d. art. 11. *num.* 114.

Vel erat hoc legatū purum, prout
verè erat, cū adiectione tamen one-
ris, quod *Doctores* vocant per fidei-
24 commiſſum; nimirùm quando teſta-
tor reliquit aliquid legatario, & eius
fidei commiſit, vt hoc, vel illud face-
ret, prout innuere videntur illa ver-
ba: *pregandolo, &c.* quod fideicōmiſ-
ſum importat, §. *fin. Inſtit. de ſingul.*
reb. per fideicom. relict. l. 2. *C. commun.*
de legat. & tradit latè *Fuſar. de fideic.*
quæſt. 243. *num.* 2. & hoc quidem le-
gatum, æquiparatur legato modali, vt
habetur in *l filio*, §. *matri, ff. ad imend.*
legat. & l ſi cui legatum 91. *ff. de cond.*
& demonſtrat. & idem iuris eſt in vno,
quam

quam in altero, vt refert *Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 12. tit. 2. nu. 28. verſ. conſequentèr*, & tangit *Peregrin. d. art. 16. num. 158. verſ. & idem eſt*, & ante eos dixit *Bart. in l. alumnæ, §. Seia, ff. de adimend. legat.* vbi parificat onus relictum in vim modi, & in vim fideicommiſſi; per *d. l. filio, §. matri, ff. eod. tit.*

In legato autem modali, ſiue per fideicommiſſum, *Doctores* communitèr ſequuntur *Gloſſæ & Bartoli* diſtinctionem in pluribus locis, videlicet,
25 quod & ſi modus ſit cauſa finalis relicti, quia forſitan concernat fauorem alterius, quã legatarij; vt dicebat pars eſſe in caſu noſtro, tùnc ſi modus deficiat ex facto eiuſdem teſtatoris, qui illud adimat, cenſetur eo caſu etiam legatum ademptum, & procedit *text. in d. l. alumnæ, §. Seia, & in d. l. filio, §. matri, ff. de adimend. legat.* vbi idem *Scæuola* ait, quod per ademptionem oneris adiecti in vim modi, vel fideicõmiſſi, etiam legatũ videtur ademptum, ea ratione; quia ceſſat onus, quod fuit cauſa finalis legati, & optimè docet vtrobiq; *Bartolus*.

Si verò modus, ſiuè fideicommiſſum in vim modi relictũ deficiat per caſum, & tùnc legatum non deficit, ſed legatario nihilominus debetur, per *text. in d. l. ſi fundum per fideicommiſſum, §. Iulianus*, aliàs eſt *lex ſi Titio pecunia 95. ff. de legat. 1.* quia tunc per legatarium non ſtat, quominus fideicommiſſum præſtet, ſic optimè diſtinguit idem *Bart. in d. l. 2. §. Titio, ff. de donat ſub num. 2. verſ. quandoq; cauſa*, & propriè in *verſ. vbicumq; dixi*, vbi expreſsè docet, quod etiam deficiente cauſa finali, ex caſu fortuito; non tamen ceſſat effectus, quia debetur legatum; & ideò illa regula, quod ceſſante cauſa finali legati, ceſſat etiã legatum, cuius contemplatione fuit factum, debet intelligi ſecundũ *Bartoli* diſtinctionem, nimirùm vt procedat quando ceſſat cauſa finalis facto ipſius teſtatoris, vt in *d. §. matri*, ſecus ſi ex caſu fortuito, vt clariùs dixit idẽ *Bart. ibidem*, & in *d. l. alumnæ, §. Seia, de adimend. legat.*

Hoc etiam clariùs, & lucidiùs explanauit idem *Bart. in l. codicillis 91. ff. de legat. 2.* vbi ponit longam diſtin-
26 ctionem, quando onus impoſitum legatario non poteſt impleri, an etiã annulletur legatum, cum ceſſet onus, cuius cauſa, & contemplatione videtur factum? & diſtinguit, quod aut onus non poteſt impleri à principio; aut ex poſt facto: ſi ab initio, tùnc ſi onus adimpleri debet non ex ipſo legato, ſed aliundè & extrinſecus; aſſerit *Bart.* deberi legatum, licet onus ſit impoſſibile adimpleri, vel de natura, vel de iure, & in hoc caſu procedit *tex. in l. ab adminiſtratione 8. C. de legatis, & l. cum filius 78. §. non iure, ff.*
27 *legat. 2.* vbi licet legatum relictum tutori, intelligatur cauſa, & contemplatione tutelæ relictũ, adeò vt ſi tutelam non adminiſtrauerit, ceſſare debeat etiam legatum, ceſſante illa cauſa finali adminiſtrationis, vt habetur in *l. Neſennius, ff. de excuſ. tutor. cum concordant.* Nihilominus ſi iure prohibeatur legatarius tutelam gerere, putà quia miles, vel minor, retinebit nihilominus legatum, quia per eum non ſtat, vt habetur clariſſimè in in prædictis legibus, & tradit *Bald. in conſ. 356. lib. 4. in princ.* & ſequitur *Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 16. num. 2.*

Et hic nõ videbatur caſus noſter, quia onus nõ fuit impoſſibile à principio, ſed ex poſt facto, ratione officij Regij Cõſiliarij, ad quod fuit aſſumptus; licet deſeruire non parùm videatur ad demonſtrandum, quod etiã ceſſante cauſa finali, non tamen ceſſat legatum, quando per caſum fortuitum contingentem etiam in perſona implere debentis, vel aliàs de iure, ceſſat illa cauſa, ità vt per legatarium non ſteterit.

Aut verò onus adimpleri non poterit ex poſt facto, tunc *Bartolus* ſubdiſtin-

distinguit, quod aut euenit ex facto testatoris, qui illud onus, quod fuit causa relicti ademit, & eo casu ademptum etiam dici debet legatum, secundum *text. in d.l filio, §.matri, & l.alumnæ, §.Seia, ff. de adimend. legat.*

28 Aut verò oneris implementum impeditur ex alio accidenti, vel casu, & tùnc licet onus adimpleri non possit, debetur nihilominus legatum, quia per legatarium non stetit, & procedit *text. in d.l. si fundum per fideicommissum, §.Iulianus, aliàs est lex si Titio* 95. *ff. de legat.* 1. & melior *text. in d.l. pater* 36. §.*Tusculanus, ff. de leg.* 3. & hic videbatur casus noster, quia licet onus patrocinij ex post facto per casum fortuitum, & facto Principis adimpleri non potuit, cum tamen per legatarium non steterit, debebitur nihilominus legatum.

Hanc etiā doctrinam tradidit idē *Bart. in d.l. in testamēto* 31. *vers. oppono, ff. de condit. & dem.* vbi *Alex. in addit.* & eius distinctionem sequūtur communitèr *Doctores*, vt per *Peregrin. in d. art.* 16. *num.* 160. vbi alios allegat *Mantic. d. lib.* 11. *tit.* 22. *nu.* 9. & *lib.* 12. *tit.* 2. *num.* 30. & *seq. Menoch. in cons.* 292. *nu.* 13. & *seq.* latè *Crass. in d. §. legatum, quæst.* 58. *num.* 4. vbi ità etiam sētire asserit *Glossam in l.* 1. *C. de instit. & substit.* & communem, & tenendā dicunt ibidem *Alex. & Corn.* & optimè *Ferdin. Vasq. controu. illustr. lib.* 3. *cap.* 93. *num.* 25. vbi optimè pro hac opinione inducit *text. in l. si quis Titio, ff. de legat.* 2. & latè idem *Menoch. in cons.* 146. *num.* 22, *cum seqq.*

Cum igitur in casu nostro, legatū hoc fuerat modale, vel rectiùs purū, cum onere tamen gerendi negotia, quod per fideicommissum vocatur, & onus impositum adimpleri non

29 potuerit ex facto Principis, cuius imperio resisti non poterat, *l. si item verberatum, §. item si fortè, ff. de rei- uend. & l. apud Iulianum, §. constat, ff. de legat.* 1. præcipuè iustè imperantis,

30 ex quo Aduocatus pōt cogi ad Consiliarij officium suscipiendum, vt in puncto tradit videndus *Io. de Platea in l. in filijs, num.* 2. *C. de decur. lib.* 10. quem refert, & sequitur *Bouadilla in sua polit. lib.* 5. *cap.* 15. *num.* 8. stante etiā vtilitate publica, quæ præfertur priuatæ, *l. munerum, §. item, ff. de muner. & honor. cum concord.* sequebatur, non obstante modi deficiētia, & cessatione causæ relicti, deberi nihilominus legatum, cum per eum non steterit parere testatoris voluntati, ex prædictis.

Quibus non parùm conferebat distinctio, quā perbellè adducit idem *doctissimus Vasquez d. cap.* 93. *num.* 13. *vers. tertius casus*, vbi loquēdo in casu

31 fortiori, nimirùm in legato conditionali, asserit, quod si conditio non adimpletur facto tertij, in cuius persona non veniebat conditio implenda, vt in casu nostro, tamen impedit, ne adimpleatur, distinguendum fatetur, nimirùm quod si ille tertius iustè impedit, adeò vt contrà eum non possit haberi regressus, & tùnc habetur pro impleta, per *text. in l. si Titius statuas* 14. *ff. de condit. & demonstrat.* aut verò iniustè, & tùnc dicitur defecta sub alia distinctione, nùm scilicet sit soluendo, vel non, vt per eum; quā etiam distinctionem ante eum fecit idem *Bart.* omnium magister *in d. l. inquia, §. vxore, num.* 2. *ff de ann. legat.* & in *l.* 1. *num.* 8. *C. de instit. & substit.* & ibi *Alex. num.* 12. & vti communem sequitur *Soccin. in l. si Titius, num.* 6. *C. de condit. & demonstr.* & optimè *Menoch. in cons.* 146. *num.* 31. *vers. tertius casus.*

Vndè cum iustè, in nostra hypothesi legatarius fuerit impeditus à Principe, ratione publicæ vtilitatis, nec contra eum potuerit haberi regressus, habetur pro impleta conditio, & legatum debebitur: præcipuè in legato modali, siuè per fideicommissum.

Hinc bene etiam scripsisse videtur *Carol. de Grass. de exception. except.* 33. *num.* 30.

*num.30.*vbi post *Marcobrun.decis.19.*
32 *num.29.&* 30. & alios, asserit, conditionem haberi pro impleta, si is, qui adimplere tenebatur, fuisset superioris facto impeditus, quominus adimpleret, vel vbicumq; deuenitur ad casum impossibilẽ, sine culpa adimplere debentis, vt post *Cuman.in consil.*38. tenuit *Card.Tusc.lit.C.conclus.* 596.*num.3.*
33 Præcipuè cum post legatum perfectum separatim fuerit impositum onus, etenim post legatum, & orationem perfectam dixit: *pregandolo, &c.* quo casu faciliùs omnes admittunt legatum deberi, licet onus impleri aliquo casu non possit pręter testatoris ademptionem, vt tradidit idem *Peregrin.de fideicom.d.art.16.nu.*110. *in fine*, vbi allegat etiam *tex. in l.si cui legatum 91.ff. de condit.& demonstr.* & meliùs comprobat *Barz.in allegata decis.79.num.8.* & optimè *Dec.in d l.1.C.de instit.& substit.sub num.*11. *in fine, vers. vndè.*

Vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Legatum annuum dicitur primo anno purum, pro alijs verò conditionale.*

2 *Distinctio* Bart.in l.1.§.diuus, ff.de var.& extraord.cognit. *in casu quo vnus debet salarium, & alter operas latè discutitur, & enucleatur.*

3 *Legatum quando vnicè præstandum est, totum debetur, licet legatarius operas præstare impediatur.*

..*Secus si plures fuerint præstationes annuæ faciendæ.*

..*Tunc enim debetur salarium à testatore relictum tantùm pro eo anno, quo inceptus est, pro alijs verò minimè, quia non præstat operas.*

..*Quod verum est secundum* Bart. *siuè casus cõtingat in personam eius, qui debet operas, siuè eius, qui debet pecuniam.*

4 *In legatis annuis nõ cedit dies nisi in principio cuiuslibet anni.*

5 *Tutor, cui Hispanico iure debetur salarium, siuè decima; si fuerit absens etiam ex causa Reipublicæ, non debetur ei ex bonis pupilli, quia non administrat.*

6 *Legatum annuum licet pro sequentibus annis sit conditionale, poterit tamen in vim modi relinqui, et melius num.*10.

..*Et tùnc attenditur modus, non conditio.*

7 Text in l.Seio 10.ff.de ann.leg. *explicatur.*

8 *Dictio*, dùm, *conditionẽ importat, præcipuè quãdo adiũgitur actui perfecto.*

9 *Intellectus ad* text. in l.qui concubinam 29.§.vxori, ff.de leg.3. *adducitur contra* Bartolum.

10 *Legatum annuum licet pro sequentibus annis conditionale dicatur: hoc intelligitur quòad illam conditionem intrinsecam, si legatarius viuat; ex qua impeditur transmissio.*

..*Non autem dicitur conditionale quòad alia.*

11 *Conditio intrinseca, quæ legato annuo inest, nimirùm si viuat, non operatur legati extinctionem, in alio casu quã mortis.*

..*Nisi aliam conditionem expressã à testatore contineat; quæ deficiat.*

12 *Conditio tacita resultante ex legato annuo non habetur in consideratione quòad legati extinctionem; sed solùm est habenda ratio, an legatum quàmuis annuum, fuerit conditionalitèr, vel modalitèr relictũ, putà si negotia gesserit, vel vt negotia administret.*

13 *Conditio, quæ tacitè à lege subintelligitur, restringi debet, nec extenditur ad aliam.*

14 *Conditio tacita, quæ ex rei natura, vel legis dispositione inest, non facit legatum conditionale.*

..*Imo secundum vnam opinionem, neque transmissionem impedit.*

15 *Cõditio tacita si superuiuat, quæ inest conditioni si sine filijs, & similibus, transmissionem non impedit.*

..*Cum*

.. *Cum non omninò deficiat conditio expressa si remanet spes adimplementi.*

16 *Legatum annuum licet plura videatur continere legata, & sic prosequētibus annis conditionale dicatur: nihilominus propter obligationem primi anni, permittitur agi etiam pro futuris.*

.. *Quia ius futurorum coniunctum est iuri de præsenti.*

17 *Salarium, quod iuris dispositioni debetur, etiam si casu fortuito impediatur præstare operas, illud consequi non potuerit.*

.. *Ideò tutori, etiam Reipublicæ causa absenti, non debetur decima.*

.. *Quia iuris Hispanici dispositione debetur.*

18 *Legatum annuum restrictiuè relictū, putà donec, vel quousque negotia gesserit, non debetur, etiam si casu legatarius negotia administrare fuerit impeditus.*

.. *Secus si simplicitèr, & absque restrictione, quia sufficit eo casu, onus fuisse inceptum impleri.*

19 *Aduocato speciali iure salarium, siue honorarium debetur, et multò fortiùs legatum, etiā si per casum fortuitum in eius personam contingentē operas suas præstare non potuerit.*

20 *Aduocato merces debebatur ex publico.*

21 *Exhibitio operis Aduocati, longè nobilior, & illustrior est, quam vt locationis nomen mereatur.*

.. *Ideò nobiliùs, & mitiùs cum eis agendum, ne tàm facile debito honorario defraudentur; nisi per eos steterit.*

.. *Idque procedere inquit* Ant. Fab. *etiam hodiè, quo debetur honorarium ex priuato.*

.. *Quia successit in locum salarij publici, ideòq; eius sapit naturam.*

22 *Obseruantia multum operatur in interpretandis dubijs testatorum dispositionibus.*

23 *Obseruantia inducitur per solutiones factas per hæredes, à qua non licet recedere; tamquàm ex illis fuerit declarata testataris voluntas.*

24 *Interpretatio illa vera dicitur, quæ à practica sumitur.*

ARGVMENTVM.

Legatum annuum, quàmuis pro sequentibus annis conditionale dicatur, intelligi quòad illam conditionem intrinsecam, si legatarius viuat, ad hoc vt transmissionem impediat, non autem quòad extinctionem legati in alio casu, quam mortis; si aliam expressam conditionem non contineat, ideò solùm esse considerandum an legatum quàmuis annuum fuerit conditionalitèr, vel modalitèr relictum, in terminis præcedentis Disputationis.

I. M. I.

DISPVTATIO LXX.

IN hac eadem causa, de qua in præcedēti Disputatione denuò opponebatur per partē ex aduerso: quod licet legatum hoc esset modale, quia tamen erat legatum annuum, non autem pro vno anno, videbatur pro primo anno purū, pro alijs verò conditionale, vt habetur in *l. si in singulos, & l. cum in annos singulos, cū concord. ff. de ann. legat.* & ideò cum ex supe-
1 rius adductis, legatum conditionale si deficiat per casum, non debetur, præci-

præcipuè contingentem in personam
legatarij, implere debentis, *d. l. in te-
stamento* 31. *ff. de condit. & demonstr.*
eodem modo debebat procedere in
huiusmodi legato annuo, quod na-
tura conditionale est pro sequenti-
bus annis, vt notat etiam *Menoch. d.
consf.* 746. *num.*

Quibus etiam alia addebatur di-
stinctio eiusdem *Bart. in l.* 1. §. *diuus,
ff. de var. & extraord. cognit.* in casu
2 quo vnus debet salariũ, & alter ope-
ras, quas impediatur præstare per ca-
sum fortuitum, an ei nihilominus de-
beatur salarium? & distinguit, an sa-
larium debeatur ex contractu, vel ex
vltima voluntate, vel legis dispositio-
ne. Et loquendo de vltima volunta-
te, in qua versabamur, dicit *Bart. n.* 3.
vers. tertio quæro. Quod aut vna est
3 præstatio facienda, & tunc tota debe-
tur, licet quis operas præstare impe-
diatur, & allegat *text. in l. ab admini-
stratione, C. de legatis, & l. peto, §. mater,
ff. de leg.* 2. si verò plures sint faciendę
præstationes annuæ, & tùnc debetur
salarium tantùm pro eo anno, qui in-
ceptus est, pro alijs verò nequaquã,
quia non præstat operas, & allegat
*text. in d. l. Seio, in princ. ff. de ann. legat.
& l. qui concubinã,* §. *vxori, ff. de leg.* 3.
& hoc verùm esse fatetur *Bart.* siuè
casus contingat in personam eius,
qui debet operas, siuè in personam
eius, qui debet pecuniam ea ratione,
4 quia in legatis annuis non cedit dies
nisi in principio cuiuslibet anni, *l. Se-
natus, in fine, de donat. caus. mort. & l.
in annos singulos, ff. de ann. legat.*

Ex hac autem *Bartoli* doctrina in-
ferebatur, quod cum legatum hoc
fuerit annuum, debebatur solummo-
dò pro illis annis, in quibus patroci-
nij operas præstitit legatarius, ad
quod etiam allegabatur *Baetius de
decim. tut. præstand. cap.* 12. *nu.* 15. vbi
5 ait, quod tutor, cui Hispanico iure
debetur salarium, siuè decima, si fue-
rit absens etiam ex causa Reipubli-
cæ, non debetur ei decima de bonis
pupilli, quia non administrat autho-
rit. *Bart. in d. §. diuus,* at *Baldi,* &
aliorũ, & ideò licet Reg. Conf. meus
Genitor iustè fuisset impeditus etiã
causa Reipublicæ patrocinij operas
præstare, nihilominus quia sui officij
operas non præstitit, non debebatur
ei salarium, neque legatum annuum,
nisi pro illis annis, in quibus operas
exhibuit.

Sed hæc omnia parum etiam ob-
stare dicebam. Siquidèm *Bart.* distin-
ctio, vt ab hac incipiamus, & in qua
pars totum faciebat fundamentum,
non in eo videbatur consistere, nùm
scilicet legatum fuerit pro vna vice,
an verò annuum; sed benè in eo an
scilicet fuerit modale, vel conditio-
nale; non enim *Bart. in d. §. diuus,* ex-
6 plicat an legatum in specie de qua
loquebatur, erat modale, vel condi-
tionale, sed tantũ ponit thema, quan-
do vnus debet salarium, & alter ope-
ras ex vltima voluntate; & ideò de-
bet intelligi, vt loquatur in legato
cõditionali, si operas, vel donec ope-
ras præstiterit, & hoc casu benè dicit
Bart. quod salarium annuum relictũ
non debetur nisi pro tempore quo
operas præstitit, licet casu impedia-
tur præstare, quia ex superius addu-
ctis legatum conditionale si deficiat
casu, conditio non debetur, ad *text.
in d. l. in testamento, ff. de condit. & de-
monstr. cum concord.*

Quod autem loquatur *Bart.* in le-
gato conditionali clarissimè discer-
nitur ex legibus quas allegat, & præ-
cipuè ex *text. in d. l. Seio* 10. *de ann. le-
gat.* vbi legatum fuit cõditionale per
7 dictionem, *si voluerit;* & ideò *Papinia-
nus* ibi non facit vim in legato an-
nuo, sed in conditione apposita, quæ
si non adimpleatur etiam ex casu, re-
soluit legatum, & clariùs ex *d. l. qui
concubinam* 29. §. *vxori, de leg.* 3. in
8 qua testator vsus fuit dictione, *dùm,*
habitauerit cum filio, quę dictio con-
ditionem importat, præcipuè quan-
do iungitur actui perfecto, vt per il-
lum

lum *text.* ità notat *Dec. in conſ.* 525. *num.2.vol.2.*& latè *Auguſt Barboſa dict.94.num.6.* & clariſſimè probatur ex eadem *lege* vbi *Labeo* quærit in *verſ. videamus*, an his verbis, dùm cũ filio meo Capuæ erit, non conditio ſignificetur, ſed ea ſcriptura pro ſuperuacuo debeat haberi? & hoc non probat, quia conditionem importat, & obſeruat *Gloſſ.* in figuratione caſus in fine, & ideò diſtinctio *Bartoli* non benè poterat applicari, dùm nõ agebatur in noſtra hypotheſi de legato conditionali, ſed modali, imò ſimplici cum adiectione tamen oneris.

Præterea ni me mea fallat opinio, neque *text. in d. l. qui concubinam*, §. *vxori*, videtur probare *Bartoli* diſtinctionem, ſcilicet quod quãdo per caſum mater legataria cum filio Ca-
9 puæ morari non potuit, tunc debeatur legatum tantummodò pro eo anno quo cœpit morari: nàm in eo *textu* nullum verbum de caſu fortuito, ſed tantũ petitur, quãdo mater nequiuit cum filio Capuæ morari, vel culpa filij, vel ſua. In prima enim legis parte mater nequiuit cum filio habitare facto filij, quia ipſe diſceſſit, vt legitur ibi, *filius à matre migrauit*, ergo non caſu, ſed per filium ſtetit, qui receſſit, vt obſeruat etiam ibi *Gloſſ. in verbo non habitaſſent*, ideò legatum deberi bene exiſtimauit *Papinianus*, licet vnà non habitaſſent. In ſecunda verò parte ibi, *ſin autem*, neq; fuit caſu, ſed per ipſum ſtetit, nàm tàm filius, quàm mater, aliò domicilium transtulerunt cõtra teſtatoris voluntatem, qui mandauerat Capuæ ſimul morari: & ſic etiã culpa matris, dùm legitur ibi, *tranſiſſent*, nimitùm tàm filius, quàm mater, & hoc caſu bene dicebat *Trebatius*, quod non habebit legatum, niſi pro eo anno, quo habitarunt, quantolibet tempore, ideſt etiam pro vna die, vel menſe, vt notat ibi *Gloſſ.* per *text. in l. à nobis, ff. de ann. legat.* & ideò ex illo *textu* nullo modo colligi poteſt intentio *Bartoli*, quod mater legataria caſu fuerit habitare impedita, & conſequẽtèr conditionem adimplere; vt optimè aduertit omninò videndus *Io. Igneus in repetit. auth. ex cauſa, C. de liber. præter. à num.* 147. *verſ. vnum tamen, & num.* 150. *cum ſeqq.* quinimò potiùs colligitur contrarium, nàm in fine *Papinianus* aſſerit, quod ſi per mulierem mora non eſt, quo minus cum filio Capuæ habitet, legatum ei deberi.

Nec dicatur quod legatum annuũ pro ſequentibus annis conditionale eſt, & ideò debeat in eo procedere *Bartoli* diſtinctio: nàm benè verum eſt, dici pro ſequentibus annis con-
10 ditionale, ſed ea tantùm conditione intrinſeca, ſcilicet ſi viuat, adeò vt mortuo legatario, ad hæredes eius legatum minimè trãſire poſſit, vt expreſsè legitur in prædicta *l. ſi in ſingulos*, vbi *Paulus* ait: *Si in ſingulos annos alicui legatum ſit Sabinus, (cuius ſentẽtia vera eſt) plura legata eſſe ait, & primi anni purum, ſequentium conditionale, videri enim hanc ineſſe conditionem ſi viuat, & ideò mortuo eo, ad hæredem legatum non tranſire*; & huiuſmodi conditionem noſtro legato ineſſe non negamus, nàm eo mortuo, ampliùs non debebatũr, quod etiam exprimere voluit idem teſtator dùm dixit vita durante tantùm.

11 Sed hæc tacita, & intrinſeca conditio, quæ huiuſmodi legato ineſt, nõ poterit extinctionem legati in alio caſu, quam mortis, ſi aliam quam iſtã tacitam ſi viuat conditionem non contineat, & ſignantèr, quando modus, ſiue onus impoſitum, caſu aliquo adimpleri non poſſit. Quoniam non ideò quia annuum erit conditionale quòad huiuſmodi implementum, ſed tantùm quòad vitam, nec *Bart.* hoc dixit, ſed licet loquatur in legato annuo, tamen erat illud cõditionale, nõ quia annuum, ſed quia conditionalitèr fuerat relictum propter conditionem expreſsè appoſitam ſi commoratus fuerit, vel negotia geſſerit, vel ſi

operas præstiterit, vt colligitur ex legibus quas adducit, & ideò quòad oneris implementum attendi debet conditio, vel modus expressus, non autem conditio tacita, quæ respicit alium casum, scilicet mortis legatarij, & consequentèr non erit facienda vis in dicta conditione tacita resultante ex legato annuo, sed solùm habenda erit consideratio, an legatū fuerit conditionale, vel modale.

12

Hinc dixit optimè *Dec. in cap. in cap. in præsentia, col. 12. vers. alia tamen fuit solutio, extra de probat.* quod conditio, quæ tacitè à lege subintelligitur, restringi debet, nec extenditur ad aliam, refert & sequitur *Decius in cons. 39. num. 25. lib. 1.* vbi alios allegat, & optimè etiam conferunt dicta per *Card. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 10. tit. 5. num. 4. & 6. vers. atquè*, vbi ait, tacitam conditionem, quæ inesse videtur ex natura rei, vel dispositione legis, non facere legatū conditionale, imò neque impedire transmissionem; & propterea videmus, quod conditio tacita, si superuiuat, quæ inest conditioni si sine filijs, & similibus, transmissionem non impedit, cum non omninò defecit conditio expressa, sed remansit spes adimplementi; vt ex multis resoluit *Crass. in d. §. legatum, quæst. 47.* & post *Aretin. Ias. Soccin. & alios*, tenuit *Cancer. lib. 3. variar. cap. 25. nu. 98. et seq.* & diximus in *disp. 12. nu. 19. & 21.* & ideò dùm legatū huiusmodi secundū expressa testatoris verba, nō fuerit conditionale, sed modale, imò rectiùs simplex cum adiectione tamen oneris benè possunt applicari distinctiones *Bart.* superiùs adductæ in *d. l. 2. §. Titius, de donat.* & in *d. l. codicillis 91. ff. de legat. 2.* & in *d. l. in testamento 31. ff. de condit. & demonstr.* parùm refragante, quod legatum fierit annuum.

13

14

15

Præterquàm quod idem *Menoch. in d. cons. 146. num. 19. in fine, vers. nec,*
16 hinc obstat, *& num. 20.* aliam tradit responsionem, nimirùm quod licet in legato annuo, plura videantur legata; & sic pro sequentibus conditionale dicatur, tamen propter obligationem primi anni, permissum est agi etiam pro futuris, cùm enim ius futurorum legatorum coniunctum sit cū iure de præsenti, sequitur quod idem de illis, quam de de primo debeat iudicari, quia conditio impleta à principio, reputatur impleta pro annis sequentibus, *l. Stichus, §. vlt. ff. de aliment. & cibar. legat.* & sequitur *Grau. de antiquit. temp. 4. par. quartæ partis principalis, num. 35.* optimè *Decius in d. l. 1. C. de instit. & substit. num. 11. in fine, vers. Moderni hinc dicunt*, ex doctrina *Bart. in l. 1. circa finem, C. de fideicom.* & in *l. ita stipulatus, in 2. principali quæstione, vers. tertio est videndū, ff. de verb. oblig.* & refert *Anna in cons. 21. num. 11.*

Nec officit doctrina *Bart. de decima tutori præstand.* nàm ex dictis per eundem *Bart. in d. l. 1. §. diuus, de var. & extraord. cognit.* facilè diluitur, quoniam decima illa debetur tutori ex dispositione Iuris Hispanici, vt dicit idem *Baeza* in pluribus locis, & ibidem *nu. 29.* & certum est, quod
17 in his, quæ legis dispositione debentur, tùnc etiam si casu fortuito impediatur, quis præstare operas salaria non debentur, vt tradit *Bart. in d. §. diuus, num. 5. & 6.* vbi respondet ad *text. in l. ab administratione, C. de legat.* quod illa lex loquitur in pretio debito ex vltima voluntate, sed secus in debito ex dispositione legis, & ita etiam intelligit *Guttier. de tutel. par. 3. cap. 13. num. 14.* & ideò non poterat illa doctrina ad casum de quo agebamus applicari.

Prætereà alia etiam afferebatur distinctio, quod aut legatum licet an-
18 nuum fuit relictum restrictiuè videlicet: *donec, vel quousque negotia gesserit*, & tùnc etiam si fortuitò negotia gerere fuerit impeditus, non debebitur legatum, quia ex illa temporis restrictione legatum fuit extinctum

ctum defecta conditione: Sed quando simpliciter fuit relictum, sufficit eo casu modum, siuè onus fuisse inceptum, & aliquo tempore exequutum, vt in specie in legato annuo distinguit alios allegans idem *Menoch. in conf.*146. *num.*19. & post alios innumeros idem *Anna in d.conf.*21.*nu.* 11. *& per totum.*

Cœterùm quatenùs hæc non procederent, proùt rectè, & ritè proce-
19 dunt, tamen in Aduocato speciale est, vt etiam si steterit per casum fortuitum contingentem in personam eiusdem, tamen debeatur salarium, & eo magis legatum, vt optimè dicit *Gloss.in l.fin.C.de condit.ob caus.in verbo casu*, per *text.in d.l.*1. *§.diuus, ff.de var. & extraord. cognit* facit etiam *text.in l.qui operas* 35. *ff.locati*, vbi optimè *Anton.Fab. in rational.* dicens, omnimodò ei deberi salariũ, vel potiùs honorarium, etiam si per casum fortuitum, qui in eius persona contingit, acciderit, vt operam suam præstare non potuerit, ex dispositione *d.l.fin.C.de condit.ob caus.& d.§.diuus*, & rationẽ diuersitatis, siue specialitatis, refert ipsemet *Ant.Fab. in ration. ad l.ex conducto* 15.*§.item cum quidã, ff.locati*, nimirùm, vel quia vt *Bart.* ait,
20 merces Aduocato debebatur ex publico, vt refert etiam *Carau.in rit.*201. *nu.*4. & ideò non propriè merces dici poterat, vel quia vt ipse *Faber* ap-
21 probat exhibitio operarũ Aduocati, & alterius cuiuslibet in officio, & munere publicè constituti, longè nobilior, & illustrior sit, quam vt locationis nomen mereatur, *d.l.*1.*§.proindè, ff.de var.& extraord.cognit.* Ideòq; nobiliùs, & mitiùs agendum cum huiusmodi personis, inquit, ne tàm facilè debito honorario defraudẽtur, nisi per eos steterit, *d.l.fin.C.de cond. ob caus.* & subdit, quod licet hodie detur honorariũ ex priuato, hoc etiã procedit, quia successit in locum salarij publici, & ideò eius naturam sapit, *l.si cum* 10. *§.qui iniuriarum, ff.si*

quis caution. & refert idem *Carauit. d.ritu* 201.*num.*4.*& in ritu* 99.

Ac propterea ex his omnibus legatum minimè dici posse extinctum dicebam præcipuè ex obseruantia subsequuta, dum Princeps hæres legatum vsque ad annum 1629. persoluerit, non obstante quod in anno 1623. meus Genitor inter Sacri Regij Consilij Senatores allectus fuerit, ità interpretando legatum, & dispo-
22 sitionem Testatoris, quę obseruantia multum operatur in interpretandis dubijs Testatorum dispositionibus, præcipuè quando ita fuit per hæredem practicatum *Castr.conf.*347.*col. fin.lib.*2.*Surd.conf.*44.*num.*8.*Gratian. cap.*941.*n.*21.& meliùs *cap.*666.*n.*19.
23 vbi per solutiones factas per hæredem induci obseruantiam affirmat, à qua non licet recedere, tanquàm ex illis fuerit declarata voluntas Testatoris, quatenùs esset dubia, cum illa
24 dicatur vera interpretatio, quæ à practica sumitur secundum *Bald.in cap.*1. *in princ. de feud.sine culp. non amitt.& Crauett.conf.*118.*num.*2. vbi addit, quod in tali interpretatiua obseruantia nõ requiritur spatium longi temporis, sed sufficit aliquando ità fuisse obseruatum, & sequitur etiã idem *Gratian.cap.*608.*num.*16.*& seq.*

Fuit datus terminus super hinc inde prætensis, sed deindè ob concursũ creditorum Principis cum assensu, & hyppotheca, qui absorbebant patrimonium, ideò iudicium non fuit ampliùs prosequutum.

SVMMARIVM.

1 *Alienatio rerum immobiliũ minoris per Clementianum Senatusconsultum probibita est.*

..Quod licet in prædijs rusticis, & suburbanis loquatur, hodiè in quibuscũq; bonis immobilibus extẽditur ex decreto Constantini Imperatoris.

2 *Res immobiles minoris sub prætextu vtilitatis alienari per tutores non poterunt.*

.. *Etiã quod defunctus dùm viueret res illas venales habuerit.*

.. *Nisi tamen testamento cauerit, vt distraherentur.*

3 *Alienatio rerum minoris tribus interuenientibus requisitis, permittitur.*

.. *Probatione scilicet causæ, inquisitione Iudicis, et decreti interpositione.*

4 *Æs alienum sola, & vera causa est distrahendi res minorum.*

5 *Alienatio rerum minoris non permittitur, etiam si æs alienum adsit, nisi creditores vrgeant; vel vsurarum modus parendum æri alieno suadeat.*

6 *Creditorum vrgẽtia debet esse de præsenti ad finem vt ad distractionem rerum minoris procedi possit.*

7 *Vsurarum excessus neq; sufficiens est ad alienationem prædij minoris; nisi præcesserit Iudicis diligentia, & pupillarium bonorum excussio, nùm aliundè pecunia sumi possit ad æs alienum, & vsuras extenuandum.*

.. *Quæ Iudicis diligentia minimè præsumitur; sed per interloquutoriã, & causæ cognitionem constare debet.*

8 *Causæ cognitio in alienatione rei minoris debet venditionem præcedere non subsequi.*

9 *Iudicis inquisitio circa venditionem rerum minoris in multis consistit.*

Vt latè declaratur in l. magis puto, §.non passim, ff.de rebus eorum.

10 *Alienatio rerum minoris, per solam libelli oblationem fieri nequit.*

.. *Sed requiritur probatio causæ, & decretum sollemnitèr interpositum.*

11 *Res minoris distrahenda apprætiari debet saltem ad sciendum valorem.*

.. *Ne propter æs alienum modicum possessio magna distrahatur.*

12 *Valor rei, vt plurimum per appretium dignoscitur.*

13 *Res minoris antequàm subbastetur, requiritur, vt appretietur.*

14 *Appretium tùnc necessariò requiritur quando fuit petitum.*

.. *Vel quando adest læsio ex præsumptione malę fidei ob denegatum, vel omissum appretium.*

15 *Subbastationum sollemnitas in alienatione rerum minoris, non videtur necessaria secundum aliquos.*

.. *Sed contrarium magis communitèr tenuerunt alij.*

16 Text.in l.& si fine, §.1. ff.de minor. *expenditur; & intellectus* Dom.Regentis Rouiti *refellitur.*

17 *Dictio,* rursus, *idem importat, quod* denuò, & iterùm.

18 *Minores, & pupilli vtuntur priuilegijs Ecclesiæ.*

19 *Subbastatio requiritur quando Iudicis decreto opus est.*

.. *Sicut etiam quando res venditur in causam iudicati.*

20 *Subbastatio non requiritur, quando testator amplissimam concessit tutori potestatem alienandi res pupilli.*

.. *Sicut neque requiritur quando fit venditio à minore, vel tutore cum decreto Iudicis.*

.. *Secus si venditio fiat à Iudice.*

21 *Iudex ignorare præsumitur iustum rei pretium.*

.. *Ideò requiritur subbastatio præcipuè in Regno, ex opinione* Regentis Rouiti.

22 *In subbastatione debent poni omnia minoris bona distrahenda.*

.. *Aliàs erit nulla venditio.*

23 *Subbastationes debẽt fieri per* 20. *dies.*

24 *Subbastatio secundum vnam opinionem debet fieri in loco rei sitæ, & in loco iudicij.*

25 *In venditione rei minoris requiritur præ omnibus persona legitima, quæ pro pupillo interueniat.*

26 *Tutoris, vel curatoris authoritate deficiente, nullus iudicabitur cõtractus venditionis rei minoris.*

27 *Tutoris, vel Balij authoritas non sufficit, nisi omnia solẽnia adimpleuerint, & fuerit eis decreta administratio.*

.. *Quæ omninò necessaria est etiam in Tutore testamentario, & in Balio.*

28 *Tutoris authoritas requiritur in ipso actu, non autem posteà ex interuallo.*

29 *Acta facta per tutores, qui pro talibus habebantur, dùm verè nõ essent, inualida,*

lida,& nulla sunt in pupillorum præiudicium.

30 *Iudicium ad hoc vt validum sit cum pupillo, qui legitimum tutorem non habet, debet dari curator.*

.. Quem pupillus petet maior septẽnio: vel si minor fuerit, dabit Iudex citatis agnatis,& cognatis.

31 *Minoris creditor, vel debitor tutelæ officio fungi non potest.*

.. Quod procedit etiam in fratre, & in tutore testamentario, si testator ignorauerit esse creditorem: prout in dubio præsumitur.

32 *Iudicis decretum præcipitantèr interpositum in venditione rei minoris, nullitatem venditionis operatur.*

33 *Causæ cognitio in decreti interpositione omninò est necessaria.*

34 *Decretum nõ requiritur in rei minoris venditione, quando creditor ipse iure creditoris vendit.*

35 *In venditione in causam iudicati debet seruari ordo* l.à diuo Pio, §.in venditione, ff.de re iudic.

36 *Venditio facta à Iudice etiam ad instantiam creditorum, non dicitur facta iure creditoris, sed à debitore, cuius factum suppletur à Iudice.*

.. Nisi creditor expressè dixerit velle distrahere iure creditoris.

37 *Venditio per collusionem tutorum facta, nulla iudicabitur, nec emptor securus erit, si constiterit participasse de fraude.*

.. Etiã iure creditoris facta fuerit.

ARGVMENTVM.

Requisita necessaria in venditione rei immobilis minoris sigillatim recensentur; quibus deficientibus annullatur distractio,

I. M. I.

DISPVTATIO LXXI.



PER Clementianum Senatusconsultũ ex oratione Seueri Imperatoris in Senatu recitata, Tertyllo, & Clemẽte Consulibus prohibita prorsus est rerum immobiliũ mi-
1 noris alienatio, vt registrauit *Vlpianus in l.1. ff.de rebus eorum, qui sub tutel. vel cur. sunt*, quæ oratio licet in prędijs rusticis,& suburbanis loquatur, hodie tamen per Imperatorem Constantinum, tàm in prædijs vrbanis, quàm in alijs quibuscumq; rebus immobilibus,& quæ seruari possunt, extẽsa est, vt legitur in *l.lex quæ tutores 22. C.de administr. tutor.* Noluit enim Imperator aliquod circa id per tutores innouari, etiam sub præ-
2 textu vtilitatis pupilli, vt notauit *Paulus Iureconsultus* ad orationem Diui Seueri *in l.si fundus sit sterilis, ff.de rebus eorum*, cùm satis esse existimauerit, si res in eodem statu, quo testator illas reliquerit, tutor pupillo conseruauerit, sartaq; tecta remanserint; adeò vt etiam si defunctus dùm viueret, res venales habuerit, abstinendum esse à venditione, dixit idẽ *Vlpianus in d.l.1. ff.de rebus eorum*, nõ enim vtiq; quod ipse voluerit vendere, idem etiam posteà distrahendum videtur; nisi tamen testamento cauerit, vt distraherentur, vt aduertit idem *Vlpian. ibidem*, & ibi *Gloss. in verbo cauerint*, quo casu contra orationem Diuorum Principum, minimè fieri, notauit *Paulus in l.fin.ff.eod.* licet irritum posteà apparuerit esse testamentum; quia secundum defuncti voluntatem, testamento etsi irrito scriptam, alienasse colligitur.

Idem tamen Imperator Constantinus vtilitati pupillorum prospiciẽs in *d. l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* tribus necessarijs interuenientibus

tibus requisitis, alienationem bono-
3 rum immobilium minoris, tutoribus permisit, Probatione scilicet causæ, Inquisitione Iudicis, Decretiq; interpositione, & decreuerant anteà Diocletian. & Maximian. Imperatores in *l. ob æs 12. C. de præd. & alijs reb. minor.* dicentes: *Ob æs alienum tantùm, causa cognita, Præsidali decreto, prædium rusticum minoris prouinciale distrahi permittitur.*

De his autem omnibus requisitis latè fuit disputatum in causa relaxationis Terræ Supersani, nemoris de Beluedere, ac feudi Turricellæ cum Floresta, multis ab hinc annis petitæ per quond. Don Pyrrhum Castriotã meum patruum, ac deindè per D. Fabium Castriotam eius nepotem, & hæredem prosequutæ contra hæredes quond. Francisci Filamarini emptoris prædictarũ Terrarum, ac feudorum in anno 1573.

Dicebatur enim per Dominos de Castriota, quorum partes substinebam; venditionem prædictam factã per prętensos Balios, & Tutores dicti quond. D. Pyrrhi nullam esse declarandam, vel rescindendam ob enormissimam lęsionem; & proindè condemnandum possessorem ad feuda prædicta relaxandum vnà cum fructibus, ex dispositione *d. l. 1. ff. de rebus eorum, & d. l. lex quæ tutores, C. de administr. tutor.*

Deficiebant enim in venditione prædicta, probatio causæ æris scilicet
4 alieni persoluendi, quæ sola, & vera causa est rerum pupillarium distrahendarum, vt tradit *Gloss. in l. magis puto, §. non passim, ff. de rebus eorum,* & in *d. l. ob æs, C. de præd. minor.* adeò quod, vt superiùs diximus, indubitari iuris sit, alienationẽ non probari, etiã quod vtilis, & expediens pupillo esse videatur, nisi tamen æs alienum immineat, & vrgeat, vt respondit *Vlpianus in d. l. magis puto, §. si æs alienum, ff. de rebus eorum,* inquiens: *Si æs alienum non interueniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendi, & alia comparari, vel certè istis carere, videndum est, an prætor eis debeat permittere? & magis est ne possit.*

Etenim quàmuis æs alienum adsit, non ideò à *Vlpiano* permittitur alie-
5 natio, nisi duplici ex capite, vel quia creditores vrgeant, vel quia vsurarũ modus, parendum æri alieno suadeat *d. §. non passim*, ibi: *Si modo vrgeat,* & ità reassumit post antiquiores *Afflict. in decis. 249. Menoch. de arb. casu 171. num. 9. Roland. à Valle cons. 33. lib. 1. Montan. de iure tutel. cap. 33. Simoncell. de decret. lib. 1. tit. 1. num. 18. cum seqq. & Eminentiss. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 6. num. 6.*

Hanc autem creditorum vrgentiã adeò frequentem, & assiduam desi-
6 derant DD. vt ad aliud tempus prædiorum distractio differri non possit, vt tradit *Montan. d. cap. 33. num. 19. & seq. & Manent. decis. 7. num. 27. & seq.* vbi alienandi necessitatem instantaneam, & de præsenti, non autem de futuro debere esse affirmat, sic etiam refert *Thob. Non. cons. 57. num. 1. & 2. Surd. cons. 3. num. 9. & cons. 49. num. 15. Caualc. de tutor. & curat. nu. 129. Macerat. resolut. 31. num. 5. 7. & seq. Berous cons. 183. vol. 1. & Riminald. iun. cons. 274. num. 34. lib. 3.* vbi subdit Iudicem hanc causæ cognitionem adhibere debere, nùm scilicet creditores petant, & instent, argumento *l. tutor vrgentibus, ff. de minor.*

Desiderabatur hæc creditorum vrgentia in casu de quo disputabamus, cum in processu euidentèr constaret, assertos creditores non instare, nec vrgere, sed ab ipsis prętensis tutoribus fuisse incitatos, vt comparerent, & suas producerent scripturas, vt fieret concursus, & graduatio creditorum.

Quod neque assequuti fuere tutores, non enim creditores insteterunt, nisi postquàm ad instantiã ipsorummet tutorum fuerunt per Iudicem bona pupillorum exposita venalia:

Tùnc

Tùnc excitati necessariò sũt,& quasi coacti petierunt de eorum credito satisfieri; imò neque creditores hoc fecerunt,sed ipsimet tutores,qui ruinam, & bonorum pupillarium alienationem inhiabant: Colligebatur enim manifestè, comparitionem, & instantiam nomine creditorum in Sacro Consilio præsentatam, fuisse scriptam manu eiusdem Procuratoris tutorum, qui aliam similem nomine tutorum, siuè pupillorum scripserat: Ex quo manifestum apparebat,potiùs adfuisse voluntatem, ne dicam cupiditatem tutorum alienandi, quam creditorum vrgentiam, & imminentiam.

Quod clariùs ostendebatur ex decreto subsequuto: quo fuit prouisũ, bona stabilia remansa in hæreditate quond. D. Pyrrhi senioris oblata pro parte tutorum exponi venalia; Ergò ipsimet tutoris bona vendenda obtulerunt, nõ autem per creditores exequuta fuerunt, & proindè nulla aderat vrgentia creditorum.

Deficiebat etiam necessitas distrahendi ob euitandas vsuras; nõ enim vsurarũ modus ità suadebat, vt alienandi bona stabilia, & multò minus feudalia, necessitatem imponeret; aderant enim nonnullæ aliæ res siuè mobiles, siuè immobiles, minus tamen vtiles, & prætiosę, ex quibus vsuræ extingui, vel ex introitibus feudorum satis commodè exolui poterant. Nihil de hoc fuit ante feudorum venditionem cognitum,nihil diligentèr indagatũ, nihil solertèr perquisitum,sed illicò ad venditionem deuentum, quod fieri nullo modo debuit: non enim sub obtentu solùm æris alieni, & vsurarum, permisit lex prædiorum minoris alienationem,
7 sed Iudicis nedũ tutoris arbitrio remisit,vt excutere pupilli bona deberet,nùm aliundè pecunia sumi posset ad æs alienum, & vsuras extenuandas, & nùm aliæ res essent præter prædia,quæ distrahi possent, ex quarum pretio æri alieno satisfiat, vt distinctè *Vlpianus* notat in *d.l.magis puto*, *§.non passim*, quam etiam Iudicis diligentiam non præsumi,sed per ipsius interloquutoriam causa cognita constare debere, tradiderat post innumeros *Paris. cons.98. num.5.& seq. & cons.100. num.4. lib.1. & cons. 85. lib.3.& Rolan. à Valle d.cons.33. nu.6. lib. 1.*

Hæc inquam interloquutoria minimè interposita in processu legebãtur, quinimò contrarium apparebat, nullam scilicet fuisse adhibitam inquisitionem,vt inferiùs dicetur.

Neque multum faciebat, depositio testium ad instantiam Francisci Filamarini emptoris examinatorum, ex qua constare prætendebat,venditionem ex necessaria, & euidẽti causa processisse, nàm præter cætera aduersus testes,& eorum dicta, in facto adnotata ad nihilum prorsus,illorum depositio deseruiebat: Quoniam ista causæ cognitio ante venditionem rei
8 minoris omninò adhiberi, & præcedere debebat, non autem ex post facto subsequi, vt dicit post alios optimè idem *Roland.d.cons.33.num.10.& cons.99.nu.22.& 23.lib.1. Paris.d.consil.98.num.8.lib.1. & d.cons.85.nu.27. lib. 3. & Simoncell. de decret. d. tit.1. num.19.*vndè cum post venditionem, imò post nullitatem venditionis, & relaxationis iudicium intentatum; hoc probare voluit pars, nullũ prorsus iuuamen colligere ex huiusmodi probatione poterat.

Secundum principale, & necessa-
9 rium requisitum, inquisitio nimirùm Iudicis, sicut in multis consistere, dixit *Gloss.in d.l.lex quæ tutoris, in verbo per inquisitionem*, ità in multis in hac feudorum venditione defuisse cernebatur. *Vlpianus* enim *in d §.nõ passim; Debere*, inquit, *Iudicem inquirere, si pupillus pecuniam in numerato habeat, vel in nominibus, quæ cõueniri possint, vel in fructibus conditis,vel etiam in reddituum spe, atque obuentionũ: Item* requi-

requirere, num aliæ res sint, præter prædia, quæ distrahi possint, ex quarum pretio æri alieno satisfieri valeat; Item æstimare vtrum vendere potius, quam obligare vtilius; Item de fortunis pupilli se instruere, nec nimium tutoribus, vel curatoribus credere, qui nonnunquam sui lucri gratia asseuerare Prætori solent, necesse est distrahi possessiones, vel obligari; Et hoc facere debet Iudex per inquisitionem, & testium idoneorum depositionem, vel per rationum editionem, & sinopsim, siuè inuentarium debiti, & crediti, vt ex *d.§.non passim*, reassumunt etiam *Simoncell.d.tit.1 num.35.cum seqq. Reg. Rouit. in pragm.1. num. 105. de titul. abus.in scrib.sublat.*& meminit *Afflict. in d.decis.249.Capyc.decis.113.num.6. Caualcan. de tut. d. num.129. Roland. Roland.d.cons.33.Montan.de iur.tutel. d.cap.33.num.1.vsque ad 64.& Card. Mantic.d.lib.4.tit.6.per totum.*

Inquisitio hæc in huiusmodi venditione non fuit seruata, feuda enim prædicta fuerunt distracta, sola præcedente instantia, & libello oblato per Procuratorem tutorum, & alio nomine creditorum, manu tamen eiusdē Procuratoris conscripto, nulla de prædictis præcedente informatione, nec aliqua discussione habita bonorum pupilli, nec alijs requisitis adhibitis, ideò iure meritò nulla dici venditio debebat, quæ solo oblato libello, & causa non probata, & decre-
10 to sollemniter non interposito ad effectum perducta fuit, ad *text.* expressum *in l. minorum, C. de prædijs minorum*, ibi, *Minorum possessionis venditio per Procuratorem delato ad Prætorem, vel Præsidem Prouincialem libello, fieri non potuit, cum ea res confici rectè aliter non possit nisi apud acta, causis probatis, quæ venditionis necessitatem referant, decretum sollemniter interponatur*; & probat etiam *d. l. l. x quæ tutores, & d. §. non passim, Bald. & Salicet. in d.l. minorum, Corn. consil. 98. colum.2. lib.1. Roland. à Valle d.consil.83. num.21. & Viuius decis. 22.*

Insuper petitum fuit appretium bonorum prędictorum à Federico de Acunto creditore, qui in specie fuit protestatus feuda pluris valere, & quod tutores ob eorum interesse colludebant; & nihilominus fuit denegatum; defuit ergo diligentia, & inquisitio Iudicis necessaria in excutiendo valorem bonorum pupilli; de-
11 bebat enim omninò res appretiari, ad sciendum saltem valorem, ne maioris esset, quam æs alienum, quod imminebat, vt dicit *text. in d.§. non passim*, ibi, *Ne propter æs alienum modicum, possessio magna distrahatur*; quod quidem nō nisi per appretium
12 innotescere poterat, per quod valor rei, vt plurimùm dignoscitur, ideò dixit *Castrens. in l. si quis, C. de rescind. vendit*, & in *cons. 156. num.1. lib.2.* an-
13 tequam res minoris ponatur sub hasta requiri æstimationem, & appretium, *Iodoch. Damauder in tract. de subhast. cap.3. num.11. Coler. de process. exequut. par.3. cap 9. num.97. Roland. à Valle cons. 32. num 34. lib.1. Asinius de exequut. §.4. cap 82. num 3. Stephan. Gratian. discept. forens. cap.7. num.20.* vbi veriorem hanc dicit opinionem, & in *cap.686. num.3. Hieron. de Leo in responsi. iur. impresso post d. cis. Arag. 173. num.75.95. & 96.* vbi de stylo Regni Aragoniæ testatur *Surd. decis. 77. num.4. & idem in cons. 286. lib.2.* ita declarat *decisionem Afflict. 358.* & licet aliqui contrariū senserint, quicquid tamen sit, de hoc dubitari minimè poterit, quin appretium tūnc ne-
14 cessariò requiratur, quādo illud fuit petitum; & illo denegato, nulla erit venditio, vt iudicatum refert *idem de Leo decis. 172. num.13. tom. 2.* vel quādo adesset lęsio, quæ eo casu nullitatem operatur ex præsumptione malæ fidei ob omissionem, siue denegatione appretij, vt tradidere *Castr. & Surd. vbi supra, & Gratian. cap. 706. num. 4. & 5.* vbi plures *Rotæ* decisiones adducit, & in *d. cap.7. num. 22.*

quæ

quę omnia militabant in casu nostro.

Fuit Vlteriùs defectiua hæc Indicis inquisitio ob defectum subhastationum, quæ minus legitimè interuenerunt, idem enim est non interuenisse, vel minus legitimè *l. duo sunt Titij, ff. test. tam. tutel. l. non putauit, §. nō quæuis, ff. de bonor. possess. contr. tabul.* cum alijs concordantibus per *Tiraq. de legib. connubial. gloss. 1. par. 6. à nu. 12.* siquidē etsi nonnulli, quos consulendo sequitur *D. Reg. Rouit. in d prag. 1. num. 104. de titul. abus. i nscribl. subl.*
15 voluerint subhastationem in alienatione rei minoris non esse necessariā, tamquàm omissam in *d. §. non passim,* nec adesse legem, quæ illam præcipiat. Nihilominus contrarium tenuerūt post alios antiquiores *Affl. Et. in decis. 249. Card. Paris. cons. 98. nu. 10. Fabian. de Monte de empt. & vendit. quæst. 5. in rubr. de subhastationis materia,* vbi de communi testatur, & in *rubr. de sollemn. in alien. rei minor. sub nu. 45* latè *Asin. de exequut. §. 6. cap. 1. num. 20. cap. 15. num. 2. & seq. cap. 16. num. 1. & cap. 18. num. 1. & 3. Crauett. in cons. 336. num. 9.* vbi sic receptum receptum testatur. *Montan. de tutelis d. cap. 33. num. 5. Surd. decis. 77. num. 4. Iodoch. Damauder. de subst. cap. 2. Roland. à Valle d. cons. 33. num. 13. & consil. 99. num. 17. & seq.* vbi etiam de communi testatur *Simoncell. de decret. d. tit. 1. num. 64. & 67. Card. Mantic. de tacit. & ambig. d. lib. 4. tit. 6. nu. 31.* vbi asserit hanc opinionem frequentiori calculo esse receptam *Viu. decis. 25. num. 11. lib. 1. Mastrill. decis. 121. nu. 7. par. 2.* & cæteri per *Postium de subhast. inspect. 4.* qui omnes mouentur per
16 *tex. in l. & si fine, §. 1.* vbi *Gloss. & Bart. ff. de minor.* ibi, *vt rursus admittatur licitatio*; & quàmuis *Mandell. Alba in cons. 205.* dicat illū procedere quando ità conuentum fuit inter partes, contrarium tamen tenent cæteri superius adducti; nec impugnatio *Domini Regentis Rouiti* quicquam facit, dùm putat contrarium potiùs ex illo textu probari, ex quo ibi non decidatur venditionem esse nullam, sed tantùm restitutionem esse concedendam minoti, ad illam rescindendam, & propterea illam pręsumi validam, allegans *Bald. ibidē*; Quoniam argumentum quod facit de restitutione in integrum, non concludit necessariò id, quod dicit; etenim *textus* prę supponit rem fuisse validè distractā, & sic subhasta, ideò asserit, quod si alius plus offerat, restituitur minor ad lucrum, vt scilicet iterum admittatur licitatio; non autem loquitur, quando nulla adfuit subhastatio in venditione, tunc enim non rescindetur, sed erit nulla: Quod clarissimè probatur, dùm enim *textus* dicit, rursus admittendam licitationem, necessariò præsupponit fuisse anteà li-
17 citatum ex dictione *rursus*, quæ importat idem quod *denuò*, vel *iterum*, *l. pacta conuenta, in fine, ff. de contrab. empt.* & in *l. damni, in fin. ff. de damno infecto.*

Mouentur Secundo per *text. in authent hoc ius porrectum, C. de sacros. Eccles.* vbi ità in alienatione rerum Ecclesiæ decernitur; ergò idem di-
18 cendum est in minoribus, & multò magis in pupillis, qui vtuntur priuilegijs Ecclesiæ concessis, per *text. in cap. auditis,* & ibi *Gloss. in verbo Ecclesia, de in integr. restitut.* & in specie quod *d. authent.* extendatur etiam ad pupillos, & minores, tradit *Bart. in l. si tempora, C. de fide instrum. & iure hastæ fiscal. lib. 10. num. 1.* vbi *Ioan. de Platea num. 1. vers. item in tali vend.* idem *Bart. in l. licitatio, ff. de publican. & vectigal. num. 2. & 3.* & ibi *Alexan. num. 11. Rebuff. de præcon. & licitat. artic. 79. num. 31.* optimè *Surd.* qui contrarijs respondet *in cons. 49. num. 19. Roland. à Valle d. cons. 33. num. 13. & cons. 99. num. 17. lib. 1. Lucas de Penna in d. l. si tempora, nu. 23.* & innumeros adducit *Anton. Niger de subhast. cap. 4. art. 13. num. 1. & seq.*

Prætereà regula est ab omnibus rece-

recepta, quod quando Iudicis decre-
19 to opus est in venditione: ibi etiam requiritur subhastato, vt ex *Baldo in d.§.quæsitum, l.& si sunt, de minoribus* à *Domino Rouito* in contrarium allegato; concludit *Molina de Hispan.primogen.lib.4.cap.3.num.45.* & sequitur *Muscatell. in praxi S.C.par.3.§ venduntur, num. 23.* (vbi addit semper subhastatione opus esse, quotiescumque de pretio rei satisfaciendus est creditor) optimè etiam *Fabian. de Monte de empt.& vend.quæst.5.n.83. in princ.* & latissimè *Niger de subhast. d.cap 4.§.13.* & nouissimè *Postius d.inspect.4.num.25.* quibus addebam *tex. in l.ordo, C.de exequut.rei iudic. & l.à diuo Pio, §.si pignora, ff. de re iudic.* & melius *text.in l.duplex ratio, C.de fide instrum.& iure hastæ fiscal. lib.10.* ibi: *Duplex ratio desiderium tuum iuuat, & quod prætermissa hastarum sollemnitate, possessiones tuas ex officio distractas suggeris, & ex pretij vilitate ob exiguum debitum, gratiosam emptionē in fraudem tuam, aduersariū commentum esse dicis, quapropter illicita ista redargui.* ergo nulla erit venditio, si illicita *l.licitatio, §.quod illicitè, ff.de publican.* & propterea post *Bald.* ita concludit etiam *Menoch. de arbitr. casu 129.num.1.* quod subhastatio requiritur in omnibus alienationibus, quę fiunt Iudicis decreto; & latè etiā probauit *Finell. in l.2. C. de rescind. vend.par.2. num.25.& 26.* ita idem esse quando venditur res in causam iudicati, fatetur.

Et quamuis nonnulli contrarium teneant, quos allegant *Niger, & Postius vbi supra*, tamen præterquàm quod communior videtur opinio, quam defendimus, facilè tamen ad ad concordiam reducuntur. Vt scili-
20 cet contraria procedat opinio, vel quando testator amplissimam dedit facultatem tutori distrahendi rem pupilli, ad *text.in l.prædium, C.quando decret.opus non est*, & declarat *Niger d.art.13.num.22.* vel quando venditio fit à minore, vel tutore, cum decreto Iudicis, vt post alios refert idē *Niger num.26.* secus autem si fiat per Iudicem, vt optimè distinguit idem *Mandell. Alba* contrariæ opinionis sectator *d.cons.205.num.32.* illa ratione, quia tutor habet administrationē cū libera, vnde potest alienare absq; aliqua subhastatione, sed Iudex debet curare, & facere id, quod pupillo, & minori magis expedit, prout rem sub hasta ponere, vt dicit *Asin.de subhast.d.§.6.cap.15.num.4.& Mangil. de subhast.quæst.27.nu.13.* cùm igno-
21 rare præsumatur Iudex iustum rei pretium, & quantum ex ea percipi possit, præcipuè nulla præcedēte causæ cognitione, *de Ponte cons.1.nu.137. lib.1.idem Asin.d.cap.15.num.5.in fine*, & refert *Postius d. inspect.4. num. 25. & seq.& num.47.cum seq.* vbi *num.48.* declarat, subhastationem necessariā omninò esse, quando Iudicis decretum præcessit, quia tunc non potest præsumi futura sollemnitas, & sequitur idem *de Ponte d. cons.1. num.172. & Asin.d.cap.15.num.5.& seq.* & ideò idem *Dom.Reg.Rouit.in cons.25.nu.5. volum.2.* hoc non habere exitationē in nostro Regno asserit, quin in alienatione rerum stabilium minoris vltrà decretū requiratur etiam subhastatio.

Et hoc necessariū requisitum benè cognouerunt partes in causa de qua disputabamus, dùm illas fieri curarunt, sed minus legitimè, ex quo magis etiam fraus, & dolus circà vēditionem colligitur interuenisse.

Etenim in primis subhastationibus de anno 1573. non fuerunt posita feuda de Turricella, & Forestæ,
22 quæ fuerunt posteà in venditione comprehensa, vnde nulla venditio, *Hieronym. de Leo d.decis.173.num.7.* & in *d.respons.num.73.& 74.ad 81. Ant.Fab.C.de distract.pignor.diffin.3. & Milanens.decis.14.num.34.lib.1.*
23 Insuper fuerūt per duos dies, dùm de iure requirebantur per viginti dies,

dies, *d. auth. hoc ius porrectum, C. de sacrosf. Eccles. Rol. d. conf.* 33. *num.* 14. *Montan. de tutel. d. cap.* 33. *num.* 61. *Capyc. decis.* 36. *num.* 4. & latè *Farinac. decis.* 306. *num.* 5. *tom.* 1. *in posthum.*

24 Præterea neque fuerunt factæ in loco rei sitæ, quod necessariò requiri, dixerunt *Calderin. in conf.* 1. *de empt. & vendit. Vrsill. ad Afflict. d. decis.* 249. *num.* 4. præcipuè omisso appretio petito *Rebuff. ad Constit. Franciæ tom.* 2. *tit. de preecon. & licit. art.* 1 *gloss.* 2. *nu.* 6. *& Hieron. de Leo d. respons. num.* 157. non obstante ratione adducta per *d. Regentem Routum*, & sic fuisse decisum in causa Massafræ contra Ferdinandum Monsorium per illum doctissimum Regentem de Ponte, refert *Præsid. Regiæ Cameræ Mormilis in Constit. Constitutionem diuæ memoriæ sub nu.* 4. sicut nec etiam fuerũt adhibitæ in Aula S.C. vt moris est, cùm necessariò adhiberi debeant in loco iudicij, & vbi consueuerunt fieri tradit *Caualcan. de tutor. & curat. nu.* 129.

Vltimo loco, nedùm defectiua, sed sed penitùs insanabilis fuisse videba-
25 tur, hæc necessaria Iudicis inquisitio, ob defectum personæ legitimæ pro pupillo, quæ in venditione prædij minoris, siuè pupilli omninò necessaria existimatur, vt habetur in *l. fin. § fin autem, C. si propt. publ. pensit.* ibi: *Sin autem minoris fortè persona fuerit inserta; necesse sit legitimæ defensionis, venditioni personam adesse*; & in terminis nostris *Gloss. magistra in d. l.* 1. *§. quod si fortè, in verbo alienũ, ff de rebus eorum*, vbi præsentiã tutoris, vel curatoris omninò necessariam dixit: *Hinc Afflict. in d. decis.* 249. *in 6. requisito*, hoc pro necessariò ante omnia reassumi, quem sequitur, & de communi etiam testatur *Curt. iun. conf.* 24. *num.* 6. *&* 7. vbi inquit, quod licet cætera intercesserint sollemnia,
26 nullus tamen iudicabitur cõtractus, tutoris, vel curatoris deficiente authoritate, tradunt etiam *Roland.* & cęteri superiùs allegati; & *Montan. d. cap.* 33. *num.* 30. & ipsemet *Dom. Reg. Rouit. in d. pragm.* 1. *num.* 105.

Licet autẽ in casu de quo disputabamus, adfuerint asserti Balij, & Tutores, qui venditioni prædictæ interfuerũt, imò pro illa institerũt, nihilo-
27 minus nõ erãt veri, & legitimi Balij, ac Tutores, quia nõ adhùc adimpleuerãt oĩa adimplẽda, ad quæ de iure tenebãtur, de quibus latè agitur per *Capyc.* post alios *in decis.* 50. & fortiùs per *Montan. de iure tutel. c.* 32. *per tot.* neque eis erat adhùc decreta administratio, quæ administrandi licentia, omninò necessaria est in quolibet tutore etiam testamentario, vt tradit *Bart. in l. legitimos, ff. de legit. tutela, vers. quæro vtrum*, per *text. in l.* 4. *ff. de auth. tut.* & in *l. fin. § fin. C. arbitr. tutel.* ibi: *Illud procul dubio obseruando, vt non audeat tutor, vel curator res pupillares, vel adulti alitèr attingere, nisi priùs inuentario publicè facto secundum morem solitum res ei tradantur*, & in *§. fin. auth. vt ij, qui obligat. se hab. prohib.* vbi *Gloss. in verbo decretum*, & tradit post alios *Roland. in conf.* 49. *nu.* 20. *&* 21. *lib.* 3. *& Montan. in d. cap.* 32. *num.* 4. Quod quidem procedit etiam in Balio, cui nullarenùs absque decreto, & licentia Principis administratio permitti solet: imò expeditur priuilegium per Collaterale Consilium in forma Cancellariæ, iuxtà stylum adimpletis priùs adimplendis in Regia Camera, vt fuit deindè obseruatum in his eisdem tutoribus postquàm adimpleuerunt, ideòq; eorum gesta in perniciem pupilli antequàm adimpleuerint, nulla sunt, & Iudex nullitèr etiam processit ex prædictis.

Neque refert posteà in anno 1574.
28 adimpleuisse, nàm Tutoris, & Curatoris authoritas requirebatur in ipso actu, non autem posteà ex interuallo, vt dixit in terminis *Card. Mantica d. lib.* 4. *tit.* 6. *num.* 1. *& seq.* vbi *num.* 4. addit, quod debet de his actis constare, proùt docuit etiam *Afflict. in d. decis.* 249. *in 6. requisito*, quod quidem

dem minimè fuit obseruatum in huiusmodi feudorum venditione.

Hinc etiam paruifaciendum erat, quod ipsi se gesserint pro veris tutoribus, & pro talibus tùnc temporis fuissent communitèr habiti, nàm prę-terquàm quod hoc probatum non
29 extitit, proùt requirebatur, nihil tamen hoc obesse poterat. Siquidèm *Bart. Bald.* & cæteri relati per *Gabriel. in consf. 36. lib. 1.* docent hanc communem existimationem, nihil operari in tutelis, in quibus cessat dispositio *text. in l. Barbarius*, subdens in terminis alienationem factam etiam cum decreto, cæterisq; sollemnitatibus à protutore cõmunitèr habito pro legitimo, omninò inutilem, & nullam esse in pupilli præiudicium, per *text.* notabilem *in l. qui neque, ff. de rebus eorum*, ibi *Iureconsultus* ait: *Qui neq; tutores sunt ipso iure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentium, nulla dubitatio est*, & in *l 2. ff. de eo, qui pro tutor. neg. gess.* vbi *Bald. Alber. & Cuman.* hoc etiam notant, & extendunt, quàmuis decretum, & alia sollemnia interuenerunt.

Ideò necessarium erat dari curatorem per Iudicem citatis agnatis, &
30 cognatis, vel si pupillus erat maior septẽnio illum admonere oportebat ad petendum curatorem, iuxtà practicam de qua in *l. 1. C. qui pet. tutor.* aliàs nullitèr procedebatur, vt tradit *Afflict. in decis. 256.* quo loci asserit, ad hoc vt iudicium cum pupillo validũ sit, si tutor sollemnia minimè confecerit, vel exibere recusauerit; oportere curatorem ad litem ei dari seruata forma *d. l. 1. C. qui pet. tut.* Eo magis cum asserti Tutores, & Balij creditores essent pupilli, & litem cum eo instituerant, vt expressum legitur in prima instãtia, seù libello pro ven-
31 ditione feudorum, quo casu tutelæ officio fungi nequibãt, ad *text. in authent. minoris debitor, C. qui dar. tutor. poss. & in corp. vndè sumitur.* Cuius dispositionem ampliat *Bart. num. 3. & 4.* procedere etiam in fratre, imò etiam in testamentario, si tamen testator ignorauerit eum esse creditorem, proùt in dubio præsumitur secundum *Montan.* qui alios allegat *de tutel. cap. 9. à num. 55. ad 73.* vbi tradit cautelam, vt testator scientiam huius crediti in suo aperiat testamento. Neque huic venditioni, in qua vti creditores interesse habebãt, authoritatem præstare poterant, refragante iuris ciuilis regula, de qua in *l. 1. ff. de author. tutor.* vbi omnes. Ideòq; hoc Secundũ requisitum inquisitionis Iudicis in multis defectiuũ fuisse ostendebatur.

Tertium quoque requisitum magis venditionis nullitatem augebat, fuit enim decretum Iudicis inutilitèr interpositum, & consequentèr ac si non adfuisset, cùm non esse dicatur, quod inutile est, *cap. fraternitatis*, vbi *Gloss. in vers. deerat, de frigid. & malefic.* Nulla enim præcessit causæ cognitio, vt diximus, nulla informatio; sed ex abrupto, & præcipitantèr ad solam, & simplicem creditorum, ne dicam protutorum instantiam, qui cum creditoribus colludebant. Etenim sub die 20. Maij 1572. petitur venditio, & eodem die domi interponitur decretum, quod bona exponantur venalia, & factis subhastationibus, quàmuis nullitèr, vt diximus sub die 13. Nouembris 1573. exhibetur quædam conuentio inita inter tutores, & emptorem in maximam perniciem pupillorum, vt ex ea satis apertè poterat Iudex colligere, si eã aspexisset; & eodem die ne dicam eadem hora in S. C. conualidatur illa, & liberantur feuda emptori iuxtà conuentionem referente Iudice parum amico; qui deindè in eadem causa vti suspectus à iudicando remotus fuit. Hæc omnia nullitatem
32 expressam operantur, non enim eodem instanti, quo petitur licẽtia vendendi,

dendi, concedenda est, cum omnia eo casu gesta præcipitantèr facta præsumantur, & negotio non benè discusso, vt tradit in terminis fusissimè *Neuizzan.in consf.85. nu.4.* & expresse probat *text. in d. l. minorum, C.de præd.minor.* ibi, *Apud acta, causis probatis sollemnitèr decretum interponatur*, vbi vtitur *Imperator* dictione *sollemnitèr*, quæ idem importat quod *ritè*, idest ordine debito interpositũ, *l.non putaui, §.non quæuis, ff.de bonor. possess. contra tabul.* vbi *Bart. & Gloss. in l.2.ff.de inoffic.testam.* nimirũ causa cognita, & ideò cùm aliundè non constet de diligẽtia, quę debuit adhiberi, decretum nullum erat, pręcipuè cum ex breuitate temporis, & ex eodem actu, & decreto, in quo de prædictis sollemnitatibus nulla fiebat mentio, nulla poterat colligi diligen-
33 tia, nec causæ cognitio, quæ omninò erat necessaria, *Castr.in consf.38.lib.1. Bald.in consil.184. lib.2.in princ. Mascard.de probat.conclus.386.nu.9.& 10.* optimè *Card. Paris. consf. 98.num.18. lib.1. Roland. à Valle consil.7. num.61. lib.3.& consf.97. num.76.lib.1. Caualc. de tut.nu.128.Simoncell.de decret·tit.1. num.33.& 34.& lib.3.tit.7. num.47.* & benè *Card. Mantica d.lib.4. tit. 6. num.18.* propterea omni iure, omniq; ex parte nullam esse iudicandã venditionem dicebamus, non adhibitis sollemnitatibus à iure requisitis.

Neque multum obstabant aliquæ obiectiones, quæ ex aduerso adducebantur; sollemnitates nimirùm tùnc necessariò esse adhibendas circa Iudicis inquisitionem, tùm etiam circa decreti interpositionem, quando scilicet tutor ipse, vel pupillus, siuè minor cum tutoris, vel curatoris authoritate ob causã æris alieni prædia distrahunt, non autem quando
34 neq; tutor, neque pupillus, sed ipse creditor ex iure sibi à lege, vel conuentione concesso, bona sibi hypothecata iure creditoris vendit, vel quando Iudex ad instantiam creditorum in causam iudicati ad venditionem procedit, vt præsupponebatur esse in casu disputationis nostræ, per *text. in l.1.& 2. C.de præd. minor.* vbi apertè disponitur eo casu, nullũ requiri Iudicis decretum, quia creditor vendit, licet vt *Gloss.* ibidem fatetur, tutiùs ageret, si Iudicem adiret, per *text.in l.si pupillorum, §.1.ff.de reb. eor.qui sub tut.vel cur.sunt.*

Quoniam licet hæc omnia vera essent, & prædictis legibus optimè probarentur, nihilominus in applicatione fallebatur pars: Etenim si loquimur in casu quando Iudex ipse vendit in causam iudicati, vt in *d.l.1. C.de præd. minor.* dicebam nullo modo applicari posse; nàm cõtra D.Pyrrhum Castriotam pupillum, & contra eius patrem, nulla erat sequuta sententia, nullæ litteræ exequutoriales expeditæ, nulla bona exequuta, nullus contractus rescissus, nec commissa graduatio creditorum, licet petita ab ipsis tutoribus; nec patrimonium erat decoctum, nec datus curator, ad notata per *Dom. de Franch. in decis. 55.num.3.* quo iure igitur poterat Iudex hæc bona feudalia distrahere in causam iudicati, quæ exequuta non fuerant; nec sententia contra possessorem lata; ad hoc vt sollemnitates prædictas adhibere nõ teneretur Iudex? Quinimò etiam quod essemus in causa iudicati, nonnè tenebatur
35 Iudex seruare ordinem, *l.à diuo Pio, §.in venditione, ff.de re iud.* & in specie subhastationes sollemnitèr adhibere, vt habetur in *d.l.ordo, C.de exequut.rei iud.* & in *l.edicto, C.si aduers. fisc.* vbi *Glos.& in d.l.duplex ratio, C.de fide instrum.& iur. hastæ fiscal. lib.10.* præcipuè cum *text.in d.l.1.C.de præd. minor.* non dicat in huiusmodi venditione non esse necessarium decretum, sed tantùm ad Senatusconsultũ Clementianum nõ pertinere, & *text. in d. §.si communis*, eo casu nihil nouandum censuit; ideò quod antiquitus in venditione in causam iudicati ordi-

ordinabatur, id etiam seruandũ erit in posterum,& proptereà *Pinell. in d.l.2.C.de rescind.vendit.par.2.nu.25. & 26.* subhastationem requiri affirmauit, etiam in venditione facta in causam iudicati.

Si verò loquimur quando creditores vendiderunt ex pacto, & conuentione iure creditoris,per *text.in l.si conuenerit*, & neque poterat hic casus rectè applicari ad huiusmodi venditionem: Non enim creditores vendiderunt,neque Iudex ad eorum instantiam, sed tutores,qui pro illa insteterunt, colludendo cum emptore, vt in facto notatum est: Imò in primo libello, neque fuit petita venditio, sed adiudicatio, & causa adiudicationis fuit commissa, & licet deindè superuenerit instantia creditorum, tamen vt notauimus, fuit scripta manu eiusdem Stellatelli Procuratoris tutorum,qui re vera pro venditione instabat nomine creditorum. Quinimò Federicus de Acunto insteterat pro appretio, impediendo venditionem, quia ex fructibus, & alijs bonis poterat æs alienum persolui,& ideò nullo modo fundabarur venditionem fuisse factam à creditoribus iure creditoris ex conuentione, vel lege.

Prætereà quando Iudex vendit etiam ad instantiam creditorum, qui instant, vt creditum à debitore con-
36 sequantur, non dicitur eo casu venditum prædium à creditore iure creditoris ex conuentione,vel lege, sed à debitore, cuius factum suppletur à Iudice, vt tradit optimè doctissimus *Faber de error.pragm. decad.1. error.5. per totum*, nisi creditor expressè protestatus fuerit velle distrahere iure creditoris, proùt in simili latissimè tradit *Farinac.in tract.de furtis,q.175. limit. 4. num.199. & seq.* vbi inquit, quod creditor, qui iure suo, ex conuentione,vel lege sibi attributo,propria authoritate rei pignoratę possessionem ingredi potest, si tamen Iudicem adierit,& protestatus de suo iure non fuerit,amictet illud ius ingrediendi propria authoritate possessionem. In casu autem nostro,vt sæpiùs replicauimus, nedũ aberat hæc protestatio; quinimò contrarium apparebat ex instantia Federici de Acunto creditoris,& ex alia ipsorum tutorum, qui pro venditione instabant: Ergo non creditores,sed ipsi tutores pro venditione agebant, & ad illorũ instantiam, non autem creditorum iure creditoris processit vẽditio,prout clariùs declarauit decretum interpositum sub die 27. Octobris prouidendo,quod bona oblata per Dominos de Castriota exponerentur venalia, & cõsequentèr dilucidè apparebat,non fuisse exequuta per creditores, sed per tutores oblata; imò in hoc iudicio creditores erant cõuenti,& pupillus,seù illius tutores erant actores,qui decreta prędicta illis notificari curabant, vt in facto notabatur, ergo ipsi Tutores, non autem creditores vendebant, qui neq; vendere poterant iure creditoris, dùm eorum creditum non erat liquidum, nec aderat rescissio contractuum,nec sententia; vndè non poterant ex abrupto pro venditione feudorum instare, cùm adhùc creditores dici non possent.

Prætereà quando hæc omnia, quæ in contrariũ allegabantur,rectè procederent,ità vt essemus in casu *d.l.1. C.de præd.minor.*quod expressè negabamus; nonnè necessarium prorsus fuisset venditionis iudicium, siuè à creditore iure creditoris,siuè in causam iudicati, cum persona legitima instituere? sic respondet *Gloss. notab. in l.si ex causa iudicati,ff de minoribus*, & habetur in *l.2.C.si aduers.vendit.pignor. in fine*. Quod sanè in casu nostro factum minimè reperiebatur, cũ prætensi tutores legitimam administrationem tunc temporis non haberent, cum tutelæ necessaria requisita non impleuissent, imò cum pupillo litem

litem instituerant, & in illo iudicio fuerat datus curator Annibal Guerra, qui in hoc iudicio penitùs fuit auditus, nec intimatus.

Cæterùm adfuit etiam collusio tutorum cum ipso emptore, qui participauit de fraude, vt ex conuentione inter eos inita satis perspicuum apparebat, vbi præter nonnulla pupillis præiudicialia; illud præ ceteris legebatur præiudicialissimùm; vt tutores ipsi oblationi faciendæ per Filamarinum emptorē pro duc. 14500. minimè cōtradicerent, nec aliquid opponere possent, imò pro liberatione iuxtà oblationem instare deberent; nec permittere vt iterùm bannirentur, neq; subhastarentur feuda: Quod quidem fraudem, & dolum nedùm tutorū, sed ipsiusmet emptoris ostendebat; quo casu etiam quod iure
37 creditoris vēditio facta esset, adhùc emptor qui participauit de fraude securus non esset, ad *text. in d.l.2. C. de prædijs minor.* ibi: *Quod si creditores vendiderunt, ità demùm iuxtà formam edicti, beneficiū sibi impartictur, si fraudulenta venditione participante consilio emptoris damnum sibi inflictum esse doceatur*; facit *Gloss. in d.l.2.* vbi *Bart.* optimè *C. si aduers. vend. pignor.* & in *l.* 1. & 3. *C. si vend. pign. agat.* & docet etiam *text. in l. & si fine, §. quæsitum in fine, ff. de minor.* ibi: *Nisi aut sordes, aut euidens gratia tutorum, siuè curatorum doceatur.*

Ex quibus omnibus nullam omninò iudicandam fore venditionem, oppositis per partem parū refragantibus, dicebatur.

Decisionem vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Quietatio tamquàm stricti iuris, strictè etiam est intelligenda.*

2 *Quietatio, seù liberatio restringi debet ad suam causam.*

.. *Etiā si esset generalissima, nec personas de quibus loquitur, egreditur.*

3 *Transactio de his tantùm, de quibus inter transigentes placuit interposita censetur.*

.. *Hinc lites, de quibus cogitatum non fuit, non comprehendunt.*

.. *Quod etiam in acceptilatione locum habet.*

4 *Acceptilatio restringitur ad illā causam, de qua loquitur transactio.*

5 *In transactione illa veniunt, de quibus transigētes si fuissent interrogati, ità verisimilitèr respondissent.*

.. *Quod etiam procedit è contra.*

6 *Ordinata ad vnum finem, non debent alium operari.*

7 *Respectus censetur habitus ad causam de qua agitur, non ad aliam de qua non fuit actum.*

8 *Quietationes per pupillum factæ in tutoris beneficiū, nullis re vera redditis computis, non habentur in consideratione.*

.. *Præcipuè quando ex eis enormis resultaret læsio.*

.. *Præsumuntur enim captiosæ, & per dolum extortæ.*

9 *Sub verborū inuolucro, non veniunt ea, quæ in specie minor non remisisset.*

10 *Quietatio generalis non extenditur ad ea, quæ vindicari possunt.*

11 *Liberatio nōn comprehendit actionem, quæ potest contra quemlibet extraneum possidentem proponi.*

12 *Transactio nedùm generalis, sed specialis super certa re, non parit praiudicium, si super eadem re ex diuersa causa agatur.*

13 *In generali transactione nō venit, nisi illud, quod potest peti ex eadē causa.*

.. *Secus si ex alia.*

14 *Emptor, qui non potest habere regressum contra tutorem, non potest iuuari liberatione facta per pupillum in beneficium tutoris.*

.. *Nisi tutor euictionem proprio emptori promisisset.*

15 *Quietatio tutori facta, non præiudicat pupillo, ne possit contra tertium emptorem agere.*

..Nisi emptor à tutore causam haberet, & posset ex illius persona exceptionem opponere.

16 *Liberatio facta vni, tùnc prodest alteri, quando aliàs liberatio non esset proficua liberato.*

17 *Quietatio à minoribus tutori facta, non eis obest, quin nullam declarari facere valeant alienationem absque decreto contractam.*

18 *Læsio enormissima inducit dolum nedum re ipsa; sed etiam ex proposito.*

19 *Ex sollemnitatum omissione scientèr facta, inducitur præsumptio fraudis, & doli.*

..Quæ secundum aliquos dicitur iuris, & de iure.

20 *Testibus affirmantibus magis credendum quam negantibus.*

21 *Affectionis læsio satis cōsiderabilis iudicatur.*

22 *Restitutio in integrum minori conceditur aduersus venditionem rerum maiorum.*

ARGVMENTVM.

Per quietationem, siuè liberationem, quantumcumque generalem per pupillum iàm ætate maiorem Tutori factam, nihil impediri, quin possit pupillus contra emptorem agere ex capite nullitatis.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXII.



IN hac eadem causa, de qua in præcedenti disputauimus, nouitèr adducebatur ex aduerso ex parte emptoris, fuisse nimirùm per Don Pyrrhum Castriotam in maiori iàm ætate constitutum, factam generalem quietationem, & liberationem in beneficium D. Alphonsi eius patrui, & tutoris post litem cum ipso emptore intentatam super nullitate venditionis, & relaxatione feudorum, de omnibus per eum gestis in administratione tutelæ: quasi quod per illam videretur ratificasse venditionem per eum factam, & proindè repellendum ab actione intentata dicebat.

Attamen, nonnulla ad hanc vltimam oppositionem diluendam, ad-
1 ducebantur. Et Primò: Nàm quietatio tamquàm stricti iuris, strictè etiā erat intelligenda, vt determinauit *Rota* penès *Farinac. decis.* 25. *num.* 4. *tom.* 2. *in posthum.* & semper restringi
2 debeat ad suam causam, etiam si esset generalissima, nec personas de quibus loquitur egreditur, ità *Surd. decis.* 217. *Rota* penès *eundem Farinac. decis.* 549. *num.* 3. *tom.* 2. *par.* 1. *Gratian. discept. forens. cap.* 292. *Franc. Niger Ciriac. tom.* 2. *controuers. cap.* 292. *num.* 7. Cùm igitur causa quietationis fuerit, tutorem tantùm liberandi de omnibus per eum gestis, ad eam tantùm, & ad ipsius tutoris personam restringi debebat, nec ad ratificationem venditionis, & emptoris personam extendi poterit ex prædictis.

Secundò: quoniam quietatio, siuè transactio, vt præsupponebatur; de his tantùm, de quibus inter trāsigen-
3 tes placuit, dici debebat interposita, *l. qui cum tutoribus*, §. 1. *ff. de transact.* vbi *in* §. *fin.* illud additur: *Iniquum esse perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur;* quod quidem procedere dixit *Gloss. ibidem in verbo inter conuenientes*, siuè specialibus, siuè generalibus verbis fiat transactio: Hinc lites, de quibus cogitatum nō fuit, in huiusmodi liberatione minimè compre-

prehen-

prehendi, sed in suo statu retineri dixit *text. in l. cum aquiliana, ff. eod. tit.* quod adeò procedere dixir *Bart. in l. 1. in fin, C. de transact.* vt locum habeat etiam in acceptilatione, quæ nõ protrahetur, vltrà quam extendantur vires transactionis, *l. 3. C. eod. tit.* & dixit latiùs in *l. si de certa, C. eodem,* & in *l. ex duobus, ff. de duobus reis,* nàm si
4 trãsactio fuerit limitata respectu causæ, ità etiam restringi debet acceptilatio ad illam causam, vt ad aliam porrigi non possit, vt declarat *Dec. in d. l. 1. C. de transact. num. 9. vers. & hoc limitatur,* facit etiam optimè *Fulgos. in cons. 134. in proposita quæstione, per totum,* vbi in fine asserit confessionẽ, & acceptilationem ad id tantùm referri, ad quod ipsi transigentes tenebantur, non autẽ ad id, quod ab alio nõ nominato debebatur; nàm si voluisset pupillus omnes liberare, de omnibus verisimilitèr expressisset, sequitur *Castrens. in d. l. 1. C. de transact. num. 6. Alex. num. 8. Dec. num. 9. & Iacobin.* cæteriq; communitèr.

5 . Tertiò, sicut in transactione; illa venire certum est, de quibus transigentes si fuissent interrogati, ità verisimilitèr respondissent ad *Gloss. in l. tale pactum, §. fin. ff. de pactis,* ità è contrario dicendum est; transactionem etsi generalem, nõ referri ad id, quod verisimilitèr transigentes noluissent comprehendi, ità argumentatur *Crauett. in cons. 407. num. 27.* & optimè *Alex. in cons. 46. lib. 1. num. 8.* vbi asserit in generali quietatione non esse verisimile, quẽ comprehendi voluisse illud, de quo verisimilitèr non fuisset in specie dispositurus, *l. 1. C. quib. mod. pign. tacit. contrah.* vt in nostra facti thesi dicendum erat; non enim verisimile videri poterat voluisse Don Pyrrhum specificè liberare emptorem, cum quo iàm lis fuerat instituta ex capite nullitatis, & enormissimæ læsionis, & acerrimè prosequebatur; ergo neque dicendum erat voluisse Don Pyrrhum illum liberate, & absoluere, litemq; remictere per huiusmodi generalem quietationem factam tutori, ad alium finẽ; neque si de hoc fuisset interrogatus verisimilitèr ità respondisset; etiam quod generalitèr tutorẽ ipsum quietauerit, cùm talis non fuerit intentionis; verba enim etsi generalia, non operãtur vltrà intentionem; & mens ex actibus antecedentibus, & subsequentibus colligitur *cap. ex multa, §. 2. de voto,* vbi *Canonistæ, & Tiraq. in tract. cessante causa, limit. 2. num. 65.* Cùm igitur D. Pyrrhus ante huiusmodi quietationẽ tutoribus factam; litem contra emptorem pro feudorum relaxatione instituerat; & eam tempore quietationis anxiè prosequebatur, & post illam enixè fouebat; & accessum Domini Commissarij maximis cum expensis procurauerat; quis vmquàm dicere potuisset, D. Pyrrhum voluisse in prædicta quietatione, venditionem feudorum quã improbauerat, respectu emptoris approbare, litem, quam incitabat remictere, & expensas quas erogabat amictere? nullus sanè affirmabit, tale sibi ipsi præiudicium inferre voluisse, nec in mentẽ habuisse; ideò mens potiùs quam verba attendi debet etiam in contractibus, quorum substantia à mente, & voluntate dependet, *Card. Paris. in cons. 78. nu. 10. lib. 1. & Roland. cons. 69. num. 45. lib. 3.*

Quartò, finis in quacunque dispositione principalitèr attẽdi debet, ne contrarium operetur, quàm finis ipse ordinauit, vt tradit *Oldr. in cons. 283.*
6 *in princ.* & ideò ad vnum finem ordinata, non debent alium operari, *l. legata inutilitèr, ff. de adimen. legat. Menoch. cons. 151. num. 30.* Idcircò media sequuntur naturam sui finis, & ab eo regulantur, *l. oratio, ff. de sponsal.* Cùm igitur finis, & respectus huius quietationis fuerit tutorem dumtaxàt liberare, non autem venditionem quòad emptorem approbare, nec litem remictere; ab illo fine debebant omnia

in præ-

in prædicta quietatione expressa regulari, semper enim censetur habi-
7 tus respectus ad causam de qua agebatur, non autem ad eam, de qua non fuit actum, nec cogitatum, *Bald. in l. sub prætextu, C. de transact. num.* 12. & in *l. si certa, C. eodem, Soccin. in cons.* 103. *num.* 4. *vol.* 3. *Crauett. cons.* 221. *num.* 8. *&* *Mascard. de probat. conclus.* 253. *num.* 41. & ideò nullo modo poterat in prędicta quietatione præsupponi fuisse comprehensam, venditionis approbationem respectu emptoris; nec in animo habuisse eum liberare, dùm eo tempore lis magis feruescebat; licet ergo verba alitèr sonarent, debent restringi, & limitari, ex mente verisimili, & intentione contrahentis, ex *text. in l. emptor, §. Lucius in fine, ff. de pactis*, ibi: *Cæteras obligationes manere in sua causa*, & *l. si quis animo, ff. de acquir. possess.* latè *Castrens. in cons.* 332. *lib.* 1. *& cons.* 174. *col.* 2. *lib.* 3. *& Bald. in cons.* 159. *col.* 3. *lib.* 3.

Quintò, dixit *Bart. in l. cum aquiliana, ff. de transact.* Quod cum generales quietationes, nullis redditis
8 realitèr computis, licet clausulis, & renunciationibus locupletes, vt in casu nostro, manifestam fraudem, vt plurimum continere soleant, nullus ad eas obseruandas compellendus est per *text. in l.* 3. *§. contrarium, ff. de contrar. action. tutel.* quem sequuntur *Castrens.* cæteriq; Scribentes, *Padilla in d. l. si de certa, ff. de transact.* vbi cõmunem dicit *Damander. de tutel. c.* 1. *num.* 8. *&* 9. *fol. mihi* 99. *& Thesaur. decis.* 74. *num.* 1. Præcipuè quando ex ea ænormis resultaret læsio in præiudicium liberantis, præsumitur enim eo casu captiosa, & per dolum extorta, vt optimè dixit *Grammat. in decis.* 103. *num.* 53. *&* 54. per *text. in d. l. cum aquiliana, ff. de transact.* ibi: *Lites de quibus non est cogitatum in suo statu retinentur, liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit:* ideò dixit optimè *Alex. in d. cons.* 46. *num.* 8. *lib.* 1. Quod quietatio quanquantumcumq; generalis, & ampla, non extenditur ad ea, in quibus captio esse posset, ex qua læsio enormis resultaret; ità punctualitèr contingisset in casu de quo disputabamus, si hæc prætensio fuisset admittenda; esset enim captiosa huiusmodi liberatio, si in ea includeretur remissio litis, & actionis contra emptorem propositæ cum enormissima læsione Don Pyrrhi, qui in suæ ætatis anno vigesimo primo, paulò post minorẽ ætatem, suæ vtilitati parùm prospiciens, metu saltem reuerentiali compulsus D. Alphonso patruo, & tutori, qui illum educauerat, quietationem fecit, verbis generalibus, & amplis, nullis re vera redditis rationibus, licet clausulis, & renunciationibus innumeris refertam, in qua sub inuolucro verborum, vt ex illius lectura satis perspicuum apparebat, inserta legebatur quietatio vẽditionis Terræ Supersani inter rationem rerum mobilium, ne fortè aliquo modo dignosci potuisset captio; & propterea per dolum, & fraudem, & per importunitatem extorta erat præsumenda, vt docet *Grammat. d. decis.* 103. *num.* 53. *in*
9 *fine, &* 54. vbi asserit, quod sub verborum inuolucro non veniunt ea, quæ in specie minor non remisisset, adeò vt neque tutori prodesse possit, vt tradit post alios *Escobar de ratiocin. administrat. cap.* 40. *num.* 13 *in fin.* vbi *num.* 16. addit ex abundantia clausularum, & renunciationum, de quibus si fuisset interrogatus verisimilitèr non remisisset, per dolum, & fraudem, quietationem extortam præsumi, adeò vt dictis renunciationibus, & pœnis parùm refragantibus poterit maior iure suo vti etiam contra tutorem liberatũ, quantò magis igitur cõtra emptorem, qui participauit de fraude, de cuius liberatione penitùs cogitauit.

10 Sextò, generalis quietatio non extenditur ad ea, quæ vindicari possunt,

sunt, nàm eo casu etiam si tutor ipse, qui liberationem quantumuis generalem, & amplam obtinuit rem pupilli possideret, illius restitutio non contineretur sub illa quietatione, & ipse teneretur, ac si esset extraneus possessor, *text.* est expressus *in l. Aurelius, §. Mæuia, ff. de liber. legat.* vbi optimè *Bald.* & tradit etiam *Alex. in cons.46. num.6. vol.* . & idem *in cons. 170. num.6. eodem vol.* vbi allegat *Angel. in cons. 194, incip. Brunellus notat,* & idem *Bald. in l. cum necessitatem, C. de fideicom.* latè, & benè *Ias. in d. l. sub prætextu specierum, num.2. vers. secundo moneor, C. de transact.* & meliùs *n.6. in fine, vers. cum ergo*; vbi expressè docet, trãsactionem minimè nocere, quando res est penès alium, *idem in cons. 171. nu.16. lib.1.* & ibi *Addentes,* & latissimè *Couarr. var. lib.2. cap.14. sub num.1. vers. primò,* vbi ait, quod li-
11 beratio non comprehendit actionẽ, quæ posset contra quemlibet extraneum possidentem proponi, idest reiuendicationem; & hanc *Bart.* opinionem *in d. l. Aurelius, §. Mæuia,* & *in l. non solùm, §. vlt. ff. de liber. legat.* ab omnibus receptam asserit. Transactio enim, & quietatio fit ab obligationibus personalibus contractis ratione administrationis tutelæ, & curæ, ideò non extenditur ad obligationes, & actiones reales, quæ non censentur remissę, vt dicit idem *Bart. vbi supra, & Bald. in l. pactum, in 12. quæst. C. de collation. & Ias. in d. l. sub prætextu, d. vers. secundo moneor.*

Hinc satis ad propositũ dixit *Salic. in d. l. si de certa, C. de transact. in fine, vers. nunc transeo.* Quod licet
12 transactio fuerit nedùm generalis, sed specialis de certa re, & ex certa causa, nullum tamen nocumentum afferre poterit, si deindè de eadem re agatur, verùm ex diuersa causa, vt in casu nostro, in quo transactio, & liberatio fuit facta ex causa liberãdi, nimirũ tutorẽ ab administratione tutelæ, deindè verò agebatur ex causa reiuendicationis contra emptorem, sequitur ibidem *Castr. in fine,* & ante eos tradidit notabilitèr *Bart. in d. l. sub prætextu, sub num.8. vers. & ista lectura,* vbi docet, quod in generali transactione nõ venit nisi illud, quod potest peti, ex eadem causa, secus si ex alia, & subdit, quod si transactum fuerit super actione tutelæ, benè poterit res ipsa peti, actione reiuendicationis, & idem tenuit *in d. l. si de certa, num.6. vers. sed verum,* vbi respondet *Vgolino antiquo glossatori* contrarium sentienti, & asserit esse casum *in l. si ità quis, §. fin. ff. de verb. oblig.*

Vltimò; hoc multò faciliùs procedere dicebam, quotiescũque emptor, qui reivendicatione conuenitur, non potest habere regressum contra tutorem, tùnc enim quietatio, & libera-
14 tio tutori facta, nullum iuuamen ipsi emptori præstabit, nec pupillo pręiudicium aliquod afferre poterit. Contraria enim quę allegabantur, procedere poterant, quando tutor teneretur emptori, qui contra eum regressũ habere posset, nimirum quando tutor nomine proprio euictionem promisisset emptori, vt habetur in *l. & si is, C. de præd. minor.* & facit *text. in l. cum lex, ff. de fideiussor.* Tùnc enim quia tutor liberatus, emptori tenetur de euictione, non erit permittẽdum pupillo, qui eum liberauit, & ab eo ęstimationem accepit, siuè realitèr, siuè fictè per acceptilationem agere deinde contra emptorem: quia ille ageret contra tutorem, & eo casu liberatio ei minimè prodesset, & pateretur damnum cõtra formam liberationis: ideò poterit eo casu emptor iuuari exceptione, & iuribus ex persona tutoris, à quo causam habet. Secus autem erit, quando tutor nihil proprio nomine emptori promisit, vt in casu, de quo disputabamus, tùnc enim quia cessat prædicta ratio, non prohibebitur minor agere rei vendicatione contra emptorem, ita optimè tradidit *Salic. in d. l. sub prætextu, C. de transact.*

transact. in fine, vers. quæro ab extra, 15 vbi asserit, quietationem tutori factam pupillo nō præiudicare, nè posset contra tertium emptorem agere, ex quo res est inter alios acta, ad *text. l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis*, & subdit, nisi emptor causam haberet à tutore, ità quod ex illius persona posset exceptionem opponere; istam etiam rationem videtur approbasse *Bart. in l. etiā si putauit, §. item si quis dolo, num. 2. vers. oppono*, & in *d. l. sub prætextu, in fine, vers. oportet te intelligere*.

16 Hinc generalitèr dixerūt omnes, quod tūc liberatio facta vni, prodest alijs, quando aliàs dicta liberatio nō esset proficua liberato, idest quando alter posset cōtra eum habere regressum, vt probatur in *l. liberationem, §. nunc de affectu, ff. de liber. legat.* vbi *Gloss. magna, & l. non solùm, §. tale, & l. si quis reum, ff. eod. tit. de liber. legat. & l. qui cum tutoribus, in princ. ff. de transact.* & ità ex his in terminis nostris terminantibus concludit *Cardin. Paris. d. cons. 100. à num. 6. vers. minus* 17 *etiam, lib. 1.* vbi asserit, quod quietatio à minoribus facta post maiorem ætatem tutori, non eis obest, quin nullam declarari facere possint alienationem per eum absque decreto, & sollemnitatibus factam, cui etiam accedunt dicta per *Vrsill. ad d. decis. Afflict. 249. nu. 10. vers. tertio, & nu. 16.* vbi ità obtinuisse fatetur in causa propria, dùm fuit declaratus nullus contractus alienationis, non obstante quietatione tutori facta.

Ex quibus omnibus clarè apparere dicebam venditionem fuisse nullā ob defectum sollemnitatum, non obstantibus oppositis per partē ex causa liberationis.

Quibus etiam adijciebatur caput læsionis, quæ in facto clarissimè ostēdebatur, fuisse enormissima, adeò vt nullitati etiam æquiparari posset, & contractum ne dùm rescindere, sed annullare, *l. actione, l. sub prætextu, & l. interpositas, C. de transact.* latè *Molin. de primogen. lib. 4. cap. 9. num. 31. & 33.* parùm obstante iuramento, vt abundè *Menoch. in cons. 439. num. 49.* cùm tempore venditionis per plures testes probatum fuerit feuda prædicta fuisse valoris ducat. 60000. & ideò enormissima interfuit læsio, dùm fueront vendita pro duc. 14500. ad notata per *Doctores in l. 2. C. de rescind.* 18 *vendit.* & ideò ex illa certum est inferri dolum re ipsa, qui æquiparatur dolo vero, & ex proposito *Dec. in consil. 180. col. 3. & 4.* & idem *Menoch. d. cons. 439. num. 3.* imò ex ea etiam dolum ex proposito argui dixerunt *Cephal. in cons. 34. num. 20. & cons. 137. num. 47. & 48. & cons. 191. num. 28 & cons. 207. num. 24. & 25.* & innumeros ad hoc congerit *Schrader. in cons. 1. num. 96. lib. 1.* qui quidèm dolus faciliùs in casu nostro adfuisse ostendebatur, tàm ex venditione facta 19 spretis iuris sollemnitatibus, ex quo fraus, mala fides, & dolus verus præsumitur, vt per *Roman. cons. 54. nu. 3. Crauett. cons. 193. num. 2. Mascard. de probat. concl. 532. num. 18. Menoch. consil. 388. num. 2. & de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 3. num. 8. & Schrader. vbi supra num. 96.* adeò vt huiusmodi doli præsumptio ex ommissione sollemnitatum dicatur iuris, & de iure, nec admittat probationem in contrariū, vt per *Soccin. iun. cons. 69. nu. 46. lib. 1. Menoch. de recuper. possess. remed. 15. nu. 179. Simoncell. de decret. lib. 3. tit. 9. nu. 42. & Schrad. d. num. 96. vers. & hæc præsumptio*, Tùm etiam ex illa conuentione inita inter emptorem, & tutores in damnum, & perniciem pupillorum, ex qua nedum dolus præsumptus, sed verus, & realis ostendebatur, & ideò præponderabat, vt dicit *Bald. in l. 1. circa finem, C. si quis omiss. caus. testam. & Alciat. de præsūpt. reg. 3. præs. 2. num. 3.*

Et licet in contrariū adessent nonnulli testes, qui super exclusione læsionis deponebant: Attmen præterquam

quàm quod nonnulla contra eos in facto adnotabantur, parum etiam iuuaminis emptori præstare poterant, tùnc quia numero pauciores, & qualitate minores, ideòq; cedere debebant testibus actoris, *cap. in omnibus, de testibus, Bald. cons.* 455.*num.*3.*lib.*4. *Corneus cons.*232.*num.*3.*lib.*2.*Crauett. cons.*5.*num.*5.*lib.*4. *& Soccin. iun. cons.* 159.*num.*3.*lib.*2.tùm etiam quia ma-
20 gis credendum testibus affirmantibus, quam negantibus, *Gloss. in l. dif proferre, §. si plures, ff. de arbitris, Abbas in cap. bonæ, il primo, num.*13. *de elect. Fulgos. cons.*174. *post medium, Corneus in cons.*342.*num.*2.*lib.*1.& in terminis *Franc. Marc. decis.*485.*nu.*4.*lib.*1.Tùm denique, quia testes actoris coadiuuabantur scripturis publicis, nimirùm releuijs, & libris Ærariorum, ex quibus valor prædictus feudorum facilè etiam colligi poterat; & præcipuè ex relatione quond. Præsidentis S. C. Marci Antonij de Ponte tùnc temporis Regij Consiliarij, & causæ Commissarij, qui ad eruendam magis veritatem ordine S.C. accessit super faciem loci cum Tabulario, & expertis, & visis diligentèr omnibus, feuda prædicta excessiui valoris fuisse retulit.

Neque omittendam quoque esse
21 dicebam affectionis læsionem, quæ non parũ considerabilis in iure iudicatur, adeò vt etiam si iusto pretio distractum prædium fuerit, lęsum tamen minorem affirmant leges, si illud antiquum, auitumq; fuerit, ità vt eidem restitutio in integrum aduer-
22 sus talem venditionem concedatur, ad *text. in l. si in emptionem, ff. de minoribus*, ibi: *Veluti quod maiorum eius fuisset*, & in *l. lex quæ tutores* 22. *C. de administr. tutor.* ibi: *Nec verò domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor creuit, in qua maiorum imagines aut non videre fixas, aut reuulsas videre satis est lugubre*; ex quibus iuribus meritò *Sfort. Odd. de rest. in integr. quæst.*4. *artic.*10. *num.* 82. *cum seqq.* disputando articulum ad partes ob huiusmodi affectionis interesse, post *Gloss. Bart. Bald. Alber. Igneum, Alex. Dec. Rebuff. Tiraq. Ias. Roland. & alios*, restitutionem concedendam esse fatetur, communemq; assertionem appellat.

Die 22. Februarij 1634.

Facto verbo in S.C. iunctis classibus cum interuentu doctissimi Præsidis Petri Iordani Vrsini, fuit lata sententia, qua fuit declaratum venditionem Terræ supersani cũ nemore de Beluedere, feudi Turricellæ cum foresta in actis deductam fore, & esse nullam; & proindè condemnandum curatorẽ hæreditatis quondam Francisci Filamarini ad illa relaxandum in beneficiũ D. Fabij Castrioti, solutis priùs per eum ducat. 14500. compensatis fructibus cum interesse ex causis in S.C. discussis, in Banca de Martino.

SVMMARIVM.

1 *Agens coràm vno Iudice, coràm eodem reconueniri poterit.*

.. *Etiam si de diuerso agatur negotio.*

2 *Agens vt reconueniri possit, duo in primis requiruntur.*

.. *Vnum, quod solus actor Iudicem eligat: secus autem si vterq; in illo consentiat.*

.. *Alterum, quod actor spontè, non autem ex necessitate Iudicem adeat.*

3 *Appellans à sentẽtia, non potest in illa appellationis instantia reconueniri.*

4 *Spolians aliquem, vel molestans, vt ille necessitate coactus compareat coràm Iudice spoliantis, non poterit illum reconuenire.*

5 *Reconuentio nùm procedat etiã contra clericum, Doctores in diuersas iuere sententias remissiuè.*

6 *Reconuentio, quæ iurisdictionis prorogationem operatur, solùm tollit Iudicis incompetentiam, non autem incapacitatem.*

7 *In*

7 *In reconuentione contra clericos loci consuetudo attenditur, vt in Regno vbi adest* Ritus 67.

8 *Clericus post factam reconuentionem, non potest à conuentione desistere in praiudicium reconuentionis.*

..Nisi re adhùc integra renunciauerit nimirùm ante factam reconuentionem.

9 *Actor in iudicijs duplicibus, verbi gratia familiae erciscundae, communi diuidundo, prò socio, & similibus, reconuentionem euitare non poterit, etiam quod conuentioni, ante actum positiuum reconuentionis renunciet; sed declara, vt num. 12. & seqq.*

..Ex natura enim iudicij duplicis actor dicitur etiam reus.

..Et dicitur interueniße quaedam reconuentio legalis, ex qua quaeritur ius reo.

..Vnde poterit Iudex ex ratione connexitatis causae, sententiam proferre tàm pro actore, quàm pro reo.

10 *Actor cogitur litem prosequi vsque ad finem.*

11 *Reseruans sibi actionem aliquando coràm quocumque Iudice proponendã, non dicitur à lite desistere.*

12 *Reconuentio legalis, quae ex natura Iudicij duplicis oritur ex connexitate causae, id tantùm operatur, vt habilis efficiatur Iudex ad pronũciandum tàm pro actore, quàm pro reo.*

..Et vt omnia coram vno Iudice decidi debeãt, etiam si inter collitigantes, siuè intereße praetendentes, adsit clericus.

13 *Reconuentio legalis resultans ex natura iudicij duplicis, & connexitate causae, nõ operatur iurisdictionis prorogationem in Iudice laico contra clericum, ità vt nequeat clericus liti, & instantiae renunciare.*

14 *Clericus poterit à lite coràm Iudice laico desistere, antequàm reconueniatur à laico etiam in iudicijs duplicibus.*

15 *In iudicibus duplicibus qui vult eße actor, necessariò debet eße reus.*

..Sed qui non vult eße actor, non cogitur necessariò eße reus etiam inuitus.

16 *In iudicijs duplicibus Iudex primò aditus per vnum ex cohaeredibus, vel socijs, debet etiam per alios adiri.*

17 *Lite contestata, vel saltem citatione exequuta, & notificata parti, cogitur actor litem vsque ad finem prosequi, nec poterit à lite desistere.*

..Quàmuis ab actione, & causa recedere valeat, etiam lite contestata.

..Si verò non fuerit lis contestata, nec citatio exequuta, poterit nedùm à causa, & actione, sed etiam à lite desistere.

18 *Actor poterit nedùm à lite desistere, sed etiam in aliud tempus differre consentiente parte.*

19 *Iudicio pendente coràm primo Iudice, non tenetur actor coràm secundo Iudice iudicium prosequi.*

..Quinimò debet secundus Iudex permittere, vt actor renũciet, & iudicium mutet.

20 *Nemo potest in eo, quod nixus est impugnare, se fundare.*

21 *Conuentio vbi non adest, ibi neque potest eße reconuentio.*

ARGVMENTVM.

Clericum, antequàm per actum positiuum reconueniatur, posse à conuentione recedere, etiam in iudicijs duplicibus, putà familiae erciscundae, communi diuidundo, pro socio, & similibus.

DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXIII.



Vstinianus Imperator,
Papiniani summi inge-
nij Iureconsulti senten-
tiam comprobando in
l. cum Papinianus 14. *C.*
de sent. & interloc. omn.
1 *Iud.* agentem coràm vno Iudice, co-
ràm eodem reconueniri posse decre-
uit, vt cuius in agendo quis obserua-
uit arbitrium, eum habere contra se
Iudicem non dedignaretur, idque nō
solùm si de eodem, sed etiam si de di-
uerso agatur negotio sāciuit in *auth.*
& consequentèr, C. eod. tit. quod & ad-
miserunt etiam Summi Pontifices in
cap. 1. & 2. de mutuis petit. & in *cap. ac-*
cusatores, vers. eius 3. quæst. 8. & in
clem sæpè, §. verùm, de verb. signific.

Hoc autem vt locum habeat duo
necessariò requiri, dixerunt magis
2 cōmunitèr Doctores, Primum, vt so-
lus actor Iudicem eligat; secus autē
si vterque in illo consentiat, proùt
ēst in arbitro electo vtriusq; partis
consensu, quia coràm eo reconuen-
tio non admittitur, vt probat *text. in*
cap. cum dilectus, de arbitr. & in Iudice
cuius fuit prorogata iurisdictio de
consensu partium, *Marant. in praxi*
par. 4. distinct. 6. nu. 14. & benè expli-
cat post alios *Barbos. in l. qui prior 29.*
ff. de iudic. num. 41. cum plurib. seqq.

Alterum, quod actor spontè, non
autem ex necessitate illum Iudicem
elegerit, tùnc enim poterit coràm
eodem reconueniri, secus autem si
aliqua necessitate coactus, vt videtur
pbari in *d. l. cū Papinianus*, refert *Afft.*
decis. 155. num. 4. post *Bart. in d. auth.*
& consequentèr, num. 15. & Barbos. vbi
supra num. 49. vbi exemplificat in eo,
qui appellat à sententia, nàm cum is
3 ex necessitate saltē causatiua appel-
let propter iniustitiam, quam sibi in-
uito à Iudice factam existimat, non
poterit in illa appellationis instantia
reconueniri, vt defendit etiam *Ma-*
rant. d. par. 4. distinct. 6. num. 15. & op-
timè *Carau. in ritu 67. in 1. limit. n. 10.*
per *text. in l. 2. §. ei quoque, ff. de iu-*
dic. vel quando data opera, quis ali-
quem spoliauit, vel offendit, vt ille
4 necessitate coactus, eum apud suum
Iudicem conueniat, vt illum possit
coràm eodem reconuenire; *d. l. 2. §. si*
agant ff. de iudic. & cap. litteris, & cap.
ex conquestione, de restit. spoliat. & post
Specul. & alios, tenet idem *Barbos. vbi*
supra num. 51. & seq. Carau. vbi supra
in 7. & 8. limit. num. 17. & seq. & vide-
tur sequi *Larrea decis. Granat. disput. 4.*
num. 6.

At non parùm fuit de iure com-
muni disputata quæstio, nùm huius-
modi reconuētio procederet in cle-
ricis, ità vt possit clericus coràm Iu-
5 dice laico agens, coràm eodem in
causa ciuili reconueniri? magnam
tribuens dubitandi rationem illud,
quod nonnulli adstruunt; reconuen-
tionē quippè, quæ iurisdictionis pro-
6 rogationem operatur, solam Iudicis
incompetentiam delere, non autem
incapacitatem, vt ex eadem *l. cum*
Papinianus colligi videtur, ibi, *Nulla*
ei opponenda exceptione, quod non com-
petens Iudex agentis esse cognoscatur;
de qua quæstione post *Gloss. in d. c. 1.*
in verbo super suis, de mut. petit. & in
cap. at si clerici, in verbo non tenet, de
iudic. vbi *Abb. col. 7.* latè *Marian. Socc.*
in d. cap. 1. de mut. petit. & post alios
antiquiores *Marant. d. par. 4. dist. 6. à*
nu. 53. Menoch. de arbitr. lib. 1. quæst. 44.
Alexand. Trentacinq. lib. 2. var. de mut.
petit. num. 31. Couar. lib. 2. var. cap. 18.
num. 5. ad finem, & pract. cap. 31. Mar-
ta de iurisd. par. 4. centur. 2. casu 107.
Scaccia de iudic. par. 1. cap. 11. num. 93.
& de re iudic. gloss. 7. quæst. 4. specul. 3.
à num. 4. & 48. Cęuall. de violent. q. 54.
& 68. per tot. Anguian. de legib. lib. 2.
controu. 21. per tot. latissimè *Augustin.*
Barbos. in collect. ad d. cap. 1. de mutuis
petit. Carol. de Graff. de effect. cleric. ef-
fect. 1. à num. 745. & 750. Morla in

empor. iur. tit. de iurisd. quæst.13. per tot. Cardos. in praxi verb. reconuentio, latè *Larrea decis. Granat. d. disput.4. per totã*, & benè *doctiss. Petrus Barbosa in d.l. qui prior 29. ff. de iudic. à num.79. cum plurib. seqq.* qui omnes in diuersas iuere sententias, vt videre est apud eos.

7 Sed meliùs, alij distinguendũ putarunt, spectandã nimirũ esse fori consuetudinem, secundũ quam erit quæstio terminanda, vt dicunt *Io. Andr. & Abb. in d. cap. at si clerici*, & sequitur *Afflict. in decis.173.* vbi ideò ità decisum per S.C. fatetur, quia ità consuetum erat in Magn. Cur. & omnibus alijs Tribunalibus Regni clericum pro causa ciuili coràm Iudice laico reconueniri.

Vndè cum istam Consuetudinem habeamus in Regno; imò adsit ad hoc *Ritus M.C.V. 67.* secundũ compilationem *Carau.* expressè ità determinans, licet ab *Afflicto* non allegetur, non est de hoc ampliùs ambigendũ: dicit enim Ritus. *Item quod si clericus in maioribus, vel minoribus ordinibus constitutus, vel alius priuilegiatus, vt pupillus, vel vidua, eligat forum ipsius Curiæ, agendo contra aliquem in ipsa Curia, compellatur per modum reconuentionis in eadem Curia aduersario respondere*; & propterea ità passim iudicatur in Regno, vt post *Marant. d. par.4. distinct.6. quæst.5. num.53.* refert *Carauit. in d. ritu*, quem multifariàm ampliat, & limitat: tenet etiam *Capyc. decis.18. Dom. de Franch. in decis.193. & decis.376. Viuius decis.49. Gallupp. in praxi S.C. par.2. cap.14. n.6.* post *Muscatell. in praxi lib.1. par.3. Gloss. authorem*, vbi *addent. & Episcop. Riccius collect.2287.*

8 Imò, adeò hoc verum est, vt neque possit clericus post factam reconuentionem ab ipsa conuentione, & lite intentata desistere in præiudicium reconuentionis, ex qua fuit quæsitũ iùs reo conuẽto, vt optimè post alios dixit idem *Afflict. d. decis.173.* & post *Specul. & Bald. in d. auth. & consequentèr, Marant. d. distinct.6. num.54. vers. sed si clericus, & num.46. Carau. in d. ritu ampl.4. Menoch. de arbitr. d. q.44. num.5. Cardos. in d. verbo reconuentio*, idẽ *de Franch. in d. decis.193. sub nu.4. Ambrosin. de immunit. Eccles. cap.20. num.36. Squillant. de priuileg. clericor. cap.7. num.66. Camill. Borrell. summ. decis. tit.7. nu.108. de Grassis d. effect.1. num.748.* & benè *Petr. Barbos. in d.l. qui prior 29. ff. de iudic. num.92.*

Hoc autẽ minimè procedere, quotiescumq; clericus actor re integra, & ante factam reconuentionẽ à reo, liti renunciat, dixit *Bald. in d. auth. & consequentèr, col. penult.* tunc enim non poterit adstringi clericus coràm Iudice laico respondere, quia nullũ ius fuit quæsitum reo, dùm antè reconuentionem, & sic re adhùc integra, liti, & conuentioni renunciauit, vt docet etiam *Salic. in d. auth. col.3. quæst.7.* sequitur *Marant. d. distinct.6. num.55.* & videtur sensisse *Afflict. in d. decis.173.* dùm dixit non posse renunciare ad finẽ impediendi reconuentionem iàm factam, quia si non esset reconuentus, benè posset desistere, vt declarat *Carau. in d. ritu 67. in 4. ampliat. num.9. Alex. Trentacinq. d. lib.2. tit. de mut. petit. resol.2. num.33. Cancer. var. lib.2. cap.13. de reconuent. nu.38. & 39.* vbi alios congerit *Marta de iurisd. d. casu 107. nu.14. in fine, Menoch. de arbitr. d. quæst.44. num.5.* & in terminis ità determinauit S.C. teste *Dom. de Franch. in decis.349.* & dixerat anteà *d. decis.193. num.12. & 13.* latissimè *Crass. d. effectu 1. num.749. Episcopus Riccius collect.53. in fine, & Cardos. in d. verbo reconuentio, nu.29. in fine*, adeò vt de hoc ampliùs non videatur esse dubitandum.

Attamen fuit nouitèr in S.C. dubitatum an hoc procederet in iudicijs duplicibus, putà *familiæ erciscundæ, communi diuidundo, pro socio, & similibus*; dùm enim petijsset clericus Philippus Imperialis tolli sequestrũ

factum

factum per Regium Consiliariũ Petrum Antonium Carauitam virum solertissimum, in exequutionem cuiusdam mandati sequestratiui, expediti per Reuerẽdæ Cameræ Apostolicæ Auditorem, ad instantiam Franchi Spinolæ, & Dauidis Imperialis sociorum, stante decreto Rotæ Romanæ, quo fuerat reuocatum prædictum mandatum vti attentatum, & proindè petijsset Philippus sibi liberari depositum duc. octo mille factũ per Marchionem Vriæ debitorẽ Philippi, comparuit Curator patrimonij Andreæ Imperialis, prætendens dicto nomine habere formatum interesse, nè liberaretur depositum, vti prætensus creditor prædictæ societatis creditricis Phjlippi, vt prætendebatur, & reconuenit ipsum clericum Philippum, sub prætextu quod idem Philippus sub die 31. Martij 1639. insteterat in S. C. condẽnari prædictos Francum, & Dauidẽ socios ad exhibendos libros societatis Venetiarũ, & ad reddendum computum administrationis per eos gestæ cum reliquorum restitutione, & proindè impedire dissequestrum, & liberationẽ depositi.

Et quàmuis ante reconuentionem clericus Philippus destitisset ab eius instantia, dicebat nihilominus curator nullo modo posse reconuentionẽ euitare.

Primò, quia licet verissima sit conclusio superiùs firmata ex *d. decis. de Franch.* 349. cum alijs adnotatis, illa tamen procedit quotiescumq; agitur de iudicio simplici, siuè actione separata; tùnc enim ad hoc vt cleri-
9 cus dici possit reconuentus, ante renunciationẽ conuẽtionis; necessè est vt actus positiuus reconuentionis interueniat, & consequentèr saltem libellus reconuentionis, ex quo ius quæsitũ dici possit reo; & ideò quotiescumque clericus antequàm per actum facti fuerit reconuentus, renunciat liti, & conuentioni, quã ipse instituit: non poterit ampliùs reconueniri coràm Iudice laico, quia deficit conuentio, super qua fundatur reconuentio: At quando sumus in iudicijs duplicibus, nimirùm *familiæ erciscundæ, pro socio, & similibus*; tùnc quia actor dicitur etiam reus ex natura iudicij duplicis, non erit opus expressa reconuentione per actum facti, quia tùnc dicitur interuenisse, quædam legalis reconuentio; & poterit Iudex ratione cõnexitatis causę sententiam proferre tàm in beneficium actoris, quàm rei, quàmuis nõ adsit ex parte rei specifica reconuentio, vt notatur in *l. 1. & 2. ff. de quib. reb. ad eund. Iudic. eatur*, & refert etiã *Anton. de Matthęis de reconuent. in tract. tom. 3. par. 1. fol. mihi* 105. *nu.* 62. lex enim est, quæ huiusmodi reconuentionẽ inducit, vt adnotauit *Gloss. in d. cap. 1. & 2. de mut. petit.* & in *d. l.* 1. *ff. de quibus rebus*, & ideò non poterit actor reconuentionem declinare, renunciando liti intentatæ, cùm iàm ex illa legali reconuẽtione fuit quæsitum ius reo: & sicut nõ posset actor post reconuentionem expressam renunciare liti, & conuentioni ad euitandam reconuentionem iàm factam, ità neque poterit renunciare in huiusmodi iudicijs duplicibus ad euitandam reconuentionem, quam lex ex natura ipsius iudicij induxit, licet per actum positiuum facti, non explicatam.

Secundò dicebatur, quod Philippus non renunciauit verè, & effectualitèr liti, & causæ per eum intentatæ,
10 sed tantùm illã distulit in aliud tempus, quod neque fieri potuit, dùm cogitur actor litem prosequi vsque ad finem, vt notatur in *Auth. qui semel, C. quomodo, & quando Iudex*, vndè cũ ipse reseruauerit sibi actionem pro-
21 ponendam coràm quocumq; Iudice, non dicitur à lite destitisse, ad *text. in l. postquam liti, C. de pactis.*

At nos, qui Philippi partes tuebamur, prædicta omnia parùm obstare

dicebamus,quoniam reconuentio illa tacita legalis,quæ oritur ex natura iudicij duplicis ob connexitatē causæ,nil aliud operatur,nisi quod ex ipſamet connexitate habilitatur Iudex
12 ad pronunciandum tàm ad fauorem actoris,quàm rei;imò ex eadem connexitatis ratione oritur,vt omnia coràm eodem Iudice decidi debeant, nec poſſit iudicium diuidi; adeò vt ſi coràm vno Iudice actione pro ſocio, vel familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo agatur,tùnc omnes coràm eo experiri debent, & conuenire,etiam ſi adſit clericus,quia ibidem experiri debet, vt dixit *Bald. in l. fin. C.de edicto diui Hadr. toll. in 6.quæſt. princ.* & hoc eſt,quod decidit *text. in d.l.1.ff.de quib. reb. ad eund.Iudic. eat.* & dixit *Ant.de Matthęis de reconuent. vbi ſupra.*

At non poterit hęc tacita legalis reconuentio reſultans ex connexita-
13 te cauſæ, & ex natura iudicij duplicis operari prorogationē iuriſdictionis in Iudice laico contra clericum, adeò vt nequeat clericus renunciare liti,& cauſæ inſtantiæ per eum intentatæ,ſed ſtatim abſque alio actu poſitiuo reconuētionis, intelligatur prorogata iuriſdictio Iudicis laici,& acquiſitum ius reo, actorem reconueniendi, vt nō poſſit ampliùs actor ab ipſa conuētione recedere; hoc enim nemo eſt qui dixerit; ſed dumtaxat dicunt omnes, quod ſi clericus agat, & proſequatur iudicium coràm Iudic laico; poterit Iudex ex connexitate iudicij duplicis, abſq; aliqua expreſſa reconuentione, pronunciare reſpectu omnium, & condemnare tàm reum,quàm actorem,quia in huiuſmodi iudicijs actor etiam dicitur reus; ſed ex hoc non erit prohibitum
14 clerico actori à lite, & conuentione deſiſtere, antequàm ſpecificè reconueniatur,ſub prætextu, quod etiam ſit reus neceſſarius; & ità intellexit etiam doctiſſimus *Faber lib.20. conte-ctur.cap.5.de reconuent, col.2.verſ.in quo errant*, vbi latè fundat hoc euenire non ratione tacitę reconuentionis, cùm reconuentio diuerſam præſupponat actionem, ſed ex natura
15 actionis,& iudicij duplicis,quę operatur vt qui vult eſſe actor,neceſſariò etiam debeat eſſe reus; ſed non ideò qui non vult eſſe actor, erit neceſſariò cogendus eſſe reus etiam inuitus, & propterea poterit à lite deſiſtere, antequàm per actum poſitiuū reconuentionis fuerit præuentus.

Inſuper dicebamus, quod ſi verū eſt, proùt veriſſimùm ex diſpoſitione *d.l.1.& 2.ff.de quib.reb.ad eund Iudic. eatur,*quod quando coràm vno Iudice pendet huiuſmodi iudicium duplex, tùnc omnes coràm eo comparere, & experiri debent ex connexitate, & natura actionis, nè continentia cauſæ diuidatur, nullo modo in illa cauſa poterat procedi coràm Iudice laico; dùm eadem cauſa ſatis ante pendebat in Rota Romana ad inſtantiam eorundē Franchi, & Dauidis, vbi erat deducta cum ampliſſima facultate etiam ſuper annexis, & cōnexis, & cum facultate etiam auocandi. Ex quo ſequebatur,quod quāuis Philippus à conuentione minimè deſtitiſſet,quàmuis nullitèr intentata coràm Iudice laico,remitti nihilominus debebat cauſa ad Rotam Romanam, vbi cauſa pendebat, ex diſpoſitione *d.l.1.& 2.* vbi *Gloſſ. ff.de quibus rebus*, vbi optimè notat *Fulgoſ.* quod debet procedere Iudex, qui prior manus appoſuit, & latè fundat *Marian.Soccin. in d.cap.1.& 2. de mut. petit. art.11.num.24.in 3.fallent.*vbi expreſsè fatetur in huiuſmodi iudicijs
16 duplicibus,Iudicem primò aditum per vnum ex cohæredibus,vel ſocijs, debere per alios etiam adiri propter cauſæ coniunctionem, & naturam actionis duplicis,ex qua qui actor eſt, cogitur etiam eſſe reus, *d. cap.1.& 2. de mut.petit.cum concord.& l nulli,C.de iudicijs*, & ideò pendente lite contra Philippum in Romano Auditorio,

non

non poterat ipse conuenire actores coràm alio Iudice, *l. si idem*, §. 1. vbi *Gloss. Bart. Bald. & alij ff. de iurisdict. omn. Iudic.* & notat *Cardos. in d. verbo reconuentio, num. 5. in fine*, & consequentèr neq; ipse poterat coràm eo reconueniri, sed debebat remitti causa ad Rotam Romanam, vbi à principio pendebat lis, & faciunt etiam notata per *Speculat. in tit. de reconuent.* §. 1. *num. 9. vers. hodie verò*, per *text. in cap. dispendia, §. reus quoque, de rescript.*

Secundę autem obiectioni occurrebamus, quod licet teneatur quis li-
17 tem prosequi vsque ad finem, ex dispositione *text. in d. auth. qui semel, C. quomodo, & quando Iudex*, hoc tamen procedere poterit quotiescumq; fuisset contestata lis, vel saltem exequuta citatio, & notificata parti, & ab illa acceptata; tùnc enim ob ius quæsitũ, non esset reuocationi locus, vel renunciationi, nec posset actor à lite desistere; licet posset ab actione, & causa, etiam quod fuisset lis contestata, per *text. in d. l. postquam liti, C. de pactis, & l. destitisse* 10. *ff. de iudic.* & eo casu non habet locum *d. auth. qui semel*, vt notat *Salic. ibidem sub nu.* 10. *versic. idem*. At quoties lis non fuit contestata, neque saltem citatio exequuta, nec acceptata per partẽ; tùnc nulli dubiũ, quin possit actor nedum desistere à causa, & actione, de qua nulli dubium; sed etiam à lite, & iudicio; & ad propositũ dixit *Marian. Soccin. in cap. 2. de libelli oblat. art. 26. quæst. 3. num. 145. vers. item*. Quod quando pars ipsa consentit, nedum
18 poterit actor ante litem contestatam desistere à causa in totum, de quo nulli dubium, vt diximus; sed poterit etiam illam ad aliud differre tempus, non obstante *d. auth. qui semel*, quod etiam dixit *Boer. in decis. 48. sub num. 7.* ideò dùm conuentio per Philippum intentata, non fuit exequuta, neque acceptata per partem; sed ijdem Francus, & Dauid cognoscentes non posse prosequi coràm Iudice laico, dùm pendebat lis corám Rota Romana; oppofuerunt fori declinatoriam, nullo modo poterat dubitari, quin Philippus potuerit nedùm liti renunciare, sed etiam illam differre.

Hinc etiam sequebatur, quod dum conuẽtio erat nulla, nec poterat procedere, stante litis pendentia in Romano Auditorio, in quo primo loco fuerat lis instituta, & corám eo debebat cognosci, per *text. in d. l. 1. & 2. ff. de quib. reb. ad eund. Iud. eat.* tùnc
19 actor nõ tenetur prosequi iudicium conuẽtionis corám secundo Iudice, neque procedet *text. in d. auth. qui semel*. Quinimò idẽ Iudex debet permittere, quod actor renunciet, & iudicium mutet, vt dixit *Bart. in l. edita, C. de edendo*, & facit *text. in l. 1. circa princ. ff. si mens. fals. mod. dixerit, & l. libellorum, vers. quod si libelli, ff. de accusat.* & refert *idem Marian. vbi supra, vers. hoc tamen*, & notat *Gloss. 2. in c. 1. de rescript. in 6.*

Præterea dùm eadem pars opposuit fori declinatoriam contra actionem, & conuentionem intentatam per Philippum, & consequentèr nedum illam non acceptauit, sed impugnauit, non poterat deindè illa vti ad finem illum reconueniendi, ex
20 regula quod in eo, quod nixus sum impugnare, non debeo me fundare, ad *text. in l. qui falsas, C. ad l. Cornel. de falsis, & l. polla, C. de his quib. vt indign. cum concord.* & notat *Specul. in tit. de position.* §. 8. *num. 1. vers. sed secundum præmissa*, per *text. in cap. cum olim. extra de censibus.*

Vltimò dicebamus reconuentionem huiusmodi fuisse factam per curatorem Andreę Imperialis, qui nunquàm fuerat conuentus per Philippum, imò nunquã fuerat in iudicio,
21 ideò vbi non erat conuentio, neque poterat esse reconuentio, vt notatur in *cap. cum dilectus, de ordin. cognitione*, ideòque nullo modo potuisse

impediri dissequestrum, & depositi liberationem.

Die 1. Iulij 1642.

Facto verbo in S.C. fuit prouisum, qued liberetur depositum Philippo quòad tertias capitale verò conuerteretur in emptionem consulto S. C. & tertiæ maturandę cederent in eius beneficium, auditis Franco, & Dauide.

At cum fuisset à decreto prædicto pro parte Philippi reclamatum; discussis omnibus prædictis: facto iterum verbo die 18. Nouembris 1643. fuit prouisum, quod suspenso prædicto decreto S. C. partes adeant Rotam Romanam tàm super liberatione capitalis, quàm tertiarum.

SVMMARIVM.

1 *Pretium loco rei succedit in vniuersalibus.*

2 *Dos ius est vniuersale, & proindè pretium loco rei succedit.*
.. Adeò vt etiam actione de dote peti possit.

3 *Res etiam succedit loco pretij in vniuersalibus.*
.. Ideò res empta ex pecunia dotali, efficitur dotalis.
.. Etiam quod partes nihil declarēt, quia ex legis dispositione censetur facta subrogatio.

4 *Res empta ex pecunia hæreditaria, non efficitur etiam hæreditaria.*
.. Nisi expressè fuisset empta nomine hæreditatis, num. 12.

5 Text. in l. sed & si lege 28. §. 1. ff. de petit. hęred. *adducitur, et explicatur.*

6 *Antinomia inter* l. res quæ, de iure dot. & l. ex pecunia, C. eod. tit. *ad concordiam reducitur.*

7 *In particularibus neque pretium succedit loco rei, neque res loco pretij.*

8 *Pretium redactum ex re feudali, non est feudale.*

9 *Pretium redactum ex re obligata, non est obligatum, nec venit in actione hypothecaria.*

10 *Hypotheca non datur super pecunia, quæ nunquàm fuit debitoris.*

11 *Res empta ex pecunia communi, non fit communis.*
.. Sed remanet propria illius, cuius nomine empta est.

13 *Actio hypothecaria, & Saluianum interdictum competit filio pro legitima dùm ei fuit à patre legata.*
.. Nedum aduersus hęredem, sed etiā contra tertios possessores, contra quos auocatio conceditur.

14 *Pretium etiam in particularibus loco rei succedit, quoties res penitùs est perempta, & extincta.*

15 *Contractu resoluto ex pacto de retrouendendo antecedenti videtur, acsi retrofactus non esset.*

16 *Res ex pacto de retrouendendo reempta non dicitur ex noua causa, sed antiqua, quæsita.*
.. Imò non translata, sed reddita.

17 *Res quando petitur tamquam de vno corpore vniuersali, veluti de hæreditate, tùnc pretium loco rei succedit, et è contra.*

18 *Hæreditas est ius vniuersale, & in eo iure computantur illa, quæ ex rebus illius corporis vniuersalis acquisita sunt.*

19 *Iudicium legitimæ vniuersale est, & succedens in legitima, dicitur succedere in partem vniuersalis actionis, & iuris, quod defunctus habebat.*

20 *Res quando constat fuisse subrogatam in locū primæ, tunc res empta ex pecunia hæreditaria, dicitur hæreditaria etiam in particularibus.*

21 *Subrogatum sapit naturam illius, in cuius locum subrogatur.*
.. Imò cum omnibus qualitatibus, quæ illi inerant.

22 *Expressum videtur quod ex coniecturis colligitur.*

23 *Res comparata ex pretio redacto ex bonis hæreditarijs, reinuestiendo in aliam emptionem ex præcepto testatoris, dicitur hæreditaria, & subrogata in locum primæ cum eisdē qualitatibus.*

.. Imò

.. *Imò ac si ab initio fuisset à testatore relicta.*

.. *Censetur enim empta in executionem voluntatis testatoris, etiam quod fieret emptio nomine filij.*

24 *Subrogatio censetur facta in locum primæ, ex breuitate temporis.*

25 *Pretium etiam in particularibus succedit loco rei, quando expressè inter partes ità fuit conuentum.*

.. *Et ità in dubio præsumitur actum quando incontinenti ex pretio rei venditæ, alia fuit empta.*

26 *Voluntas nil interest verbis an facto declaretur.*

27 *Emptio facta per tutores præsumitur ex pecunia hæreditaria in eorũ manus peruenta.*

28 *Subrogationis ratione eadem actio datur in secunda re subrogata, quæ datur in prima.*

.. *Etiam cõtra tertios possessores saltem in subsidium.*

29 *Res emptæ ex pretio bonorũ antiquorum dicuntur antiquæ etiam vigore Consuetudinis Neapolitanæ.*

A R G V M E N T V M.

Prętium quando loco rei, & res loco prętij succedat, etiam in particularibus.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXIV.

1 Vlgatum apud omnes est axioma illud: Quod in vniuersalibus pretium succedit loco rei, p *text. in l. si rem, & pretium 25. ad finem, ff. de petit. hæred.* vbi *Paulus Iureconsultus* ait: *Posse existimari in locum hæreditariæ rei venditæ; retium successisse, & quodammodò ipsum hæreditariũ factum.* quod etiam comprobasse videtur *Papin. in l. Imperator 72. §. fin. cum ll. seq. ff. de leg. 2.* Ideò in dote,

2 quę ius vniuersale est pretium etiam loco rei succedere, & censeri partem dotis, dixit *Triphonius in l. cum in fundo 81. §. si fundus, ff. de iure dotium,* & notauit *Gloss. in l. labeo 14. in verbo pretium, ff de verb signific. Bart. in rub. solut. matrim. nu. 20.* adeò vt actione de dote peti possit, vt latè post alios antiquiores probat *Neguſ. de pignor. 4. membr. 2. par. nu. 59.* & insignis *Petr. Barbos. in 3. par. rubr solut. matrim. sub num. 73. vers. his ità explicatis.*

3 Quod adeò procedere dixerunt magis communitèr DD. quod etiam

3 res succedat loco pretij in vniuersalibus; nàm emptum ex pecunia dotali efficitur dotalis, vt apertè decidit *Caius Iureconsultus in l. res quæ 53. ff. de iure dotium*, inquiens: *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur.* quod etiam approbauit *Vlpianus in l. si cum dotem 23. §. fin. in fin. ff. solut. matrim.* ibi, *In his tantum rebus, quæ vel in dotem data sunt, vel ex dote comparatæ, quasi & hæ dotales sint.* adeò vt licet partes nihil declarent, ex dispositione tamen legis subrogatio huiusmodi censeatur facta, vt ex *Bart. in cons. 125. & Castr. in cons. 360. num. 2. lib. 1.* aduertit *Barbos. vbi supra num. 74. vers. quinimò.* Sicut etiam res empta ex pecunia hæreditaria, quæ directè erat hæredi-

4 taria, efficitur etiam hæreditaria, vt videtur probare idem *Papinian. in d. l. Imperator, §. fin. de leg. 2.* dùm asserit: *Cùm autem rogatus quicquid ex hæreditate superierit post mortem suam restituere; de pretio rerum venditarũ alias comparat, diminuisse, quæ vendidit non videtur,* & subdit in *l. seq. Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominij*

minij restituetur, vt explicat *Bart. ibidem num.* 1. latè *Tiraquell. de retract. lignag.* §. 32. *gloss.* 1. *num.* 11. *Io. de Plat. in l.* 1. *ante num.* 1. C. *de castr. pecul. milit. lib.* 12. *Capyc. decis.* 194. *num.* 18. & *Barbos. vbi supra num.* 73. *in fine*, vbi hoc pro absoluto tenet.

Et licet contra videatur obstare *text. in l. sed & si lege* 28. §. 1. *ff. de petit. hæredit.* vbi *Vlpianus* ait: *Quod si rem aliam comparauit, veniet pretium in petitione hæreditatis, non res, quam in patrimonium suum conuerti t.* tamen optimè respondit *Barbos.* quod *Vlpianus* loquitur in bonæ fidei possessore, cui concessum est, vt in eius potestate sit restituere, vel rem, vel pretium si vtrumque possideat, *d. l. si rem, & pretium, ff. eod. tit. de petit. hæred.* & hoc respectu, res non censetur hæreditaria; non autem quòad alia, quod probat ex eodem contextu, dùm dicit, quod si res illa empta minus valeat, quam quod prò ea datum est, integrum pretium hæreditarium non restituetur, sed tantùm illud, in quo bonæ fidei possessor, videtur cum effectu factus locupletior, & propterea infert inducendo textum, quod si res nullo modo censeretur hæreditaria, iniustum esset propter eam diminui pretium hereditarium; igitur deciditur ibi, quod diminuitur, quia quòad omnes alios effectus res illa censetur hæreditaria, & loco pretij successit; ideò admittitur diminutio.

At difficilior videtur oppositio, quę fit ex *textu in l. ex pecunia, C. de iure*
6 *dotiũ*, quæ de directo videtur aduersari ad *text. in d. l. res quæ, ff. eod. tit. de iure dotium*, Imperatores enim Diocletianus, & Maximianus decreuerunt: *Ex pecunia dotali fundum à marito comparatum vxori non quæri, cum neque maritus vxori actionem empti possit acquirere, sed tantùm dotis actionem illi competere, in quarum legum concordiam multum insudarũt Doctores*, & præcipuè *Gloss. in d. l. ex pecunia, in verbo non tibi*, quam receptam dicunt *Corn. Alexand. & Soccin. iun.* relati à *Barbos. in d. par.* 3. *rubr. solut. matrim. num.* 76. vbi aliam refert cõcordiam, quã ante omnes tradidit *Harmenopolus in promptuario lib.* 4. *tit.* 8. *fol.* 184 *in scholio*, quam sequitur *doctissimus Cuiacius lib.* 5. *obseruat. cap.* 9. post *Bald.* & alios, per eundem *Barbosam* adductos, qui licet dicat illam esse in se verã, nempè quod regularitèr emptum ex pecunia dotali, non efficitur dotale nisi in subsidium, cùm scilicet maritus non sit soluendo, quia tùnc bene vendicari poterit ab vxore tanquàm dotale, iuxtà *text. in l. vxor* 56. *in fine, ff. de donat. inter vir. & vxor.* tamen asserit non patùm restringere generalitatem, *text. in d. l. res quæ* 55. *de iure dotium*, & proindè illis omissis alitèr materiam explicat, & concludit, quod in dote pretium succedit loco rei, vel è contrà, quotiescumque res dicitur empta ex pecunia dotali; quod tùnc euenire dicit quando maritus non est soluendo, vel quando matrimonium non valuit, vt latiùs apud eum.

7 In particularibus verò contrariam regulam constituunt DD. quia neq; pretium succedit loco rei, vt habetur in *l. qui vas* 49. §. *fin. ff. de furtis*, vbi *Vlpianus, Dominum si pretium ex re furtiua redactum per vim extorserit, furti actione teneri respondit*, ea ratione, quia quod à re furtiua redigitur furtiuum non est, minus igitur qui ex pretio rei furtiuæ redactus est, non est furtiuus, ergo si per vim Dominus rei furtiuæ extorserit, etiam actione vi bonorum raptorum tenebitur, cũ alijs concordantibus in *Gloss.* neque res succedit loco pretij, vt decidit idẽ *Vlpianus in l. idemque* 7. § *si tibi, ff. qui potior. in pign. hab.* vbi *in vers. non enim multum*, sic inquit: *Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippè cùm res ex nummis pignoratis empta, non sit pignorata ob hoc solùm quod pecunia pignorata erat*; ità *Io. de Platea in d. l.* 1. *C. de castr. pecul. lib.* 12.

& post

& poſt alios latè *Tiraquell.§.32.gloſ.1. à num.20. Andr.in cap.1.§.plauſtrorũ, quæ ſint.regal. Loffred in conſ.11.num. 10. Dom.de Franch. in deciſ.64.num.3. Anna pater in ſingul. 204. & Schrader. de feud. par.7. cap.2.num.34. & ſeq.* & hanc differentiam inter vniuerſalia, & particularia, ſatis optimè probat *text. in l. venditor ex hæreditate, ff. de hæred. vel action. vend.* quem optimè explicat *Bald.in l.mater,num.6.C.de rei vend.*

De huiuſmodi igitur materia latè fuit diſputatum in cauſa Sacræ Domus Sanctiſſimæ Annuntiatæ huius Ciuitatis Neapolis, pro qua Ego interueniebam cum aliquibus creditoribus Io. Vincentij Caraccioli Marchionis Caſæalboris.

Etenim quondã Marcellus Caracciolus Marchio Caſæalboris pater in eius teſtamento hæredem vniuerſalem inſtituerat præfatum Io.Vincentium eius filium primogenitum, nec non mandauerat vt ex ſuis annuis introitibus hæreditarijs anno quolibet exciperentur duc.5000.qui conuerti deberent in emptionem annuorum introituum, ex quibus fieret multiplicum per annos 18. ad finem vt ex illo ſolucrentur duc.50000.D.Carolo Caracciolo eius filio ſecundogenito tempore quo eſſet annorum 18. pro legitima portione ei de iure debita.

Teſtatore deindè vita functo in anno 1585.factoq; ſollẽnitèr inuentario, inter alia bona fuerunt deſcripti tanquàm hæreditarij annui duc. 5000.debiti per Ducem Hadriæ pro capitale duc.62500.

Euenit, quod eodem anno idem Dux exercendo pactum de reemendo, ſoluit tutoribus prædicti Marchionis Io. Vincentij prædictum capitale duc. 62500. pro reemptione prædictorum duc. 5000. cum conditione quod apimplerentur conditiones appoſitæ tàm in pacto de retrouendendo, quàm in teſtamento præfati Marchionis Marcelli patris.

Recepta pecunia per tutores, fuit ſtatim conuerſa in emptionem aliorum annuorum introituum venditorum per Principem Biſiniani; & ex illis fuit facta aſſignatio quibuſdam creditoribus eiuſdẽ Marchionis Io. Vincentij,qui exiſtebant.

Facto deindè concurſu,& graduatione omnium creditorum tàm Marchionis patris, quàm filij; inter creditores Marcelli patris fuit graduata creditrix præfata Sacra Domus Sanctiſſimæ Annuntiatæ vti hæres quondam Ducis Magdaloni D.Martij Carrafæ ſenioris ceſſionarij dicti D.Caroli Caraccioli filij ſecundogeniti,& legatarij ducat.50000.præfati Marchionis Marcelli patris.

Egerat propterea Sanctiſſima Domus pro auocatione prædictorum annuorum introituum aſſignatorum præfatis creditoribus Io. Vincentij filij; ex quo priùs erant ſatisfaciendi creditores, & legatarij Marchionis patris, quam filij ſuper prædictis bonis hæreditarijs; & præcipuè ipſa Sacra Domus ex perſona D. Caroli filij ſecundogeniti, legatarij ex cauſa legitimæ.

Excipiebant creditores aſſignatarij nullo modo poſſe moleſtari, ſub prætextu quod emptio facta annuorum introituum cum Principe Biſiniani non erat hæreditaria, ſed propria Io. Vincẽtij eius nomine acquiſita, non autem hæreditatis. Nàm dum annui introitus debiti per Ducem Hadriæ, quos certum eſt fuiſſe hæreditarios,fuerunt ex pacto de retrouẽdendo ab initio appoſito reempti; pecunia illa peruenta ex pretio illorum nõ poterat dici hæreditaria, ſed propria ipſius hęredis,qui tamen remanebat debitor hæreditatis pro pretio dictorum annuorum introituum hęreditariorum ex prædicta regula ſuperiùs firmata, ꝙ in particularibus pretium non ſuccedit loco rei, *d.l.qui vas,§.vlt.ff.de furtis,cũ concord.*

8 Hinc

8 Hinc dicebant etiam, quod pretium redactum ex re feudali, non est feudale secundum magis communẽ opinionem Feudistarum in *cap.1.de feud.non hab.propr.nat.feud.Negusant. de pignor.4.membr.2.par.num.149.Tiraquell. d.§.32. num.20. & Molin.de Hispan.primog.lib.4.cap.4.num.26.*

9 Et in specie quod pretium redactum ex re obligata, nõ dicitur obligatum,nec venit in actione hypothecaria, allegabant *text. in l.1.ff.de distract.pignor.* vbi *Bart.*& refert *Negus. vbi supra nu.58.& Gabriel in cons.37.*
10 *num.2.lib.1.*quia hypotheca non datur in illis pecunijs, quæ nunquàm fuerunt debitoris, *l.neque pignus,ff.de regur.iur.*

Et ideò cũ prædicta pecunia fuerat pretium illorum annuorũ introituum hæreditariorũ non poterat succedere loco illorum; & consequentèr dici debebat propria hæredis, nõ autem hæreditaria: poterat igitur Io. Vincentius hæres illam expendere, cõsumere, & in proprium vsum conuertere, & alijs eius creditoribus ad libitum assignare, nec super illa aliquid poterat prætendere D. Carolus secundogenitus, neque minus eius cessionarij.

Hoc autem dicebant faciliùs procedere quòad secundam emptionem annuorum introituum factam cum Principe Bisiniani, nàm si pretium in particularibus loco rei non succedit, multò minus res succedit loco pretij, ex *d. l.idemque, § si tibi, ff. qui potior. in pign.hab.& d.l.ex pecunia, C.de iure dotium,* & notat benè *Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib.12. tit.27.*
11 *num.1.& 9.* sic etiam res empta ex pecunia communi sociorum, non efficitur communis, sed remanet propria illius, cuius nomine empta est, *l.sed si socius, §.si absenti, ff.pro socio,*& in terminis,quod res empta ex pecunia hæreditaria, in dubio non efficiatur hæreditaria, tradit post *Bart. in d.l.Imperator, §.fin. in 2.opposit.ff.de leg.2.*optimè *Menoch.in cons.213.n.36.*
12 *lib.3.* licet secus esset, si res expressè fuisset comparata nomine hæreditatis, vt refert idem *Menoch. nu.23.* per *text. in l.item veniunt, ff. de petit.hered. Castr.in cons.326.num.2.lib.2.Cephal.cons.645.num.49.* Ergò cum huiusmodi emptio fuisset facta nomine Io.Vincentij hęredis,non poterat vllo modo prætendi esse hæreditaria, & propterea omninò dicebant cessare actionem hypothecariam, & Saluianum interdictum, neq; posse molestari creditores Io. Vincentij, qui omninò erant super illa re, ipsis assignata præferendi.

Attamèn re diligentiùs perpensa, & considerata,aliter in præsenti casu iudicandum existimabam.

Neq; posse in dubiũ reuocari dicebam,quin cõpetere posset D. Carolo filio secũdogenito (cuius iura repræsentabantur per Sacram Domũ Sanctissimæ Annuntiatæ) actio hypothe-
13 caria, & consequentèr Saluianum interdictum pro eius legitima, dùm fuit illi à patre legata,& in testamento iure etiam institutionis relicta.Sic limitando regulam in contrarium tradit *Decius in cons. 235.sub num.6. vers. non obstat, Ripa in l. in quartam, sub nu.15.ad l. falcid. Negus.de pignor. 4.membr.2.par.sub num.164.ante finẽ, vers.primã tamen conclusionem,Gabriel de legit.concl.5.num.4. Petr. Anton.de Petra de fideicom. quæst.15. num. 41. vers.hypotheca tamen,*vt latè *Statil.Pacif. de Saluiano interd. inspect.2.cap.2. num.311.*& iterum *inspect.3.cap.4.nu. 472. Caballin. milleloq. 811.* & latissimè *Merlin.de legit. lib.5.tit.4.quæst.1. & 7.* nedùm aduersus hæredem, sed etiam contra tertios possessores bonorum hæreditariorũ, dùm nil aliud reperiatur in hæreditate, idem *Merlin. quæst.6.* quinimò quod etiã contra posteriores creditores auocatio concedatur, tradit idem *Pacif. d.inspect.3.cap.2.num.198.cum seqq.*

Quod autem huiusmodi annui introitus

troitus empti à Principe Bisiniani es-
sent iudicandi tamquàm hereditarij,
& cõsequentèr possent auocari à cre-
ditoribus hereditarijs,ex multis fun-
dabam. Etenim quàmuis regula su-
perius firmata,nimirùm in particula-
ribus pretium nõ succedere loco rei,
& è contra,videbatur nostræ opinio-
ni refragari, nonnullis tamen decla-
rationibus,quæ ad casum de quo di-
sputabamus,apprimè applicari vide-
bantur, limitari dicebam.

Et Primò, certum est, quod etiam
in particularibus quotiescumque res
14 penitùs est perempta, & extincta,
pretium eo casu succedit loco ipsius
rei,vt docet *Gloss.in d.l.1.ff.de distract.
pignor.* vbi *Bart.& alij* sequũtur,& il-
lam communem dicit *Gabriel in d.
cons.37.nu.2.vol.1.& Surd. decis.306.
num.14.*

In casu autem de quo erat quæ-
stio, nulli dubium erat, quin res pe-
nitùs dicebatur extincta, idest an-
nui introitus debiti per Ducem Ha-
driæ: nàm vigore pacti de retro-
15 uendendo ab initio appositi fuerunt
reempti, & sic resoluti, & extincti,
resoluto enim contractu ex pacto de
retrouendendo, & sic ex causa an-
tecedenti. videtur, ac si retro factus
nunquàm fuisset, *l.Iulianus,* §.1. *ff.de
verb.oblig. Grat. cons.50.num.53.lib.1.
Casta de retrotract cap.8.num.1.Afflict.
decis.40.in fine,& Giurba decis.24.nu.
11.* vbi innumeros pro more addu-
cit.Ideò si contractus emptionis non
fuisset factus,pretium illorum, & ca-
pitale duc.62500. remansisset in hæ-
reditate Marchionis Marcelli, ergò
nullo modo poterat dubitari, quin
essent iudicandi tanquàm hæredita-
rij. Aliud tamen potuisset dici, si in-
troitus prædicti debiti per Ducem
Hadriæ fuissent per hæredẽ Marcelli
alteri vẽditi,tùnc enim potuisset du-
bitari an pretium illud, quod nun-
quam fuit in dominio Marcelli, &
acquisitum per hæredem posset dici
hæreditarium Marcelli; At dùm non
fuerunt venditi,sed reempti per Du-
cem Hadriæ vigore pacti anteceden-
tis appositi, in contractu emptionis
non potest pretium dici acquisitũ ex
noua causa,sed antiqua; & potiùs ex
16 restitutione, quam ex translatione;
cùm hoc casu non dicatur res trans-
lata, sed reddita, secundum *Bart.in
l.inde, num.2.ff.de aqua pluuia arcẽda,
Decius in cons.53.vol.1. Tiraquell. de
retract.lignag.* §.19. *gloss.2. num.4. &
seq. de Franch. decis.64. num.9.& 13.
Casanat. cons.7. num. 9. Peregrin. ar-
tic.42.num.21.in fine,*& latè *Giurba
d.decis.24.num.12.* Et ideò rectè po-
terat hoc casu cõcludi pretium loco
rei succedere.

Secundò, limitandam esse regulã,
dicebam, quotiescumq; res particu-
17 laris petitur tanquàm de vno corpo-
re vniuersali veluti de hæreditate,vt
dicit *Alex. in cons.124. num.10. lib.4.
& cons.49.num.6.lib.6.* vbi asserit tũc
pretium locum rei suscipere, & è cõ-
tra; vndè etiam quod non ageretur
ad Vniuersitatem aliquam, & sic da-
to, & concesso, prædicta bona non
esse hæreditaria Marchionis Marcel-
li,negari tamen non poterat, quin ex
illius hæreditate peruenerint,siuè im-
mediatè, siuè mediatè ex pecunia,
& pretio rei hæreditariæ, & conse-
quentèr ex iure,& corpore vniuersa-
li hæreditatis Marcelli,nàm cum he-
18 reditas sit ius vniuersale,in eo iure
computantur illa,quæ ex rebus illius
corporis vniuersalis acquisitę sunt;
ideòq; huiusmodi actio pro legitima,
illa comprehendit, vt latè, & optimè
demonstrat idẽ *Alexand.in d.cons.49.
num.6.*& sequitur *Statil.Pacif.de Sal-
uian.interd.inspect.3.cap.2.nu.265.*

Tertiò dicebamus, dubium non
esse,quin Domus Sãctissimæ Annun-
tiatæ ex persona Ducis Magdaloni,
cuius erat hæres, succederet in locũ
D.Caroli Caraccioli filij secundoge-
niti ipsius Marchionis Marcelli, qui
erat creditor ex causa legitimæ, in
qua fuerat à patre institutus; Iudi-
19 cium

19 cium autem legitimæ vniuersale est, nàm succedens in legitima, in partẽ vniuersalis actionis,& iuris,quod defunctus habuit tempore mortis succedere dicitur, siuè in corporibus, siuè in actionibus, & ideò æquiparatur hæredi vniuersali,*Bald. in l. pater filium, ff. de inoffic. testam.* præcipuè dùm habuit institutionis titulum,*Peregrin. de fideicom. art. 36. num. 25. per totum, Crauett. cons. 109. in fin. num. 9.* Dùm igitur versaremur in vniuersalibus,cessabat regula, quæ tantùm in particularibus procedit, cum in vniuersalibus contrarium sit, vt in principio firmauimus, & pretium loco rei succedit,& è contra per *text. in d. l. si & rem, ff. de petit. hæred.* ibi: *Quia potest existimari in locum hæreditariæ rei venditæ pretium eius successisse, & quodammodò ipsum hæreditarium factum*,& optimè in *d. l. Imperator, §. vlt. cum l. seq. ff. de leg. 2. cum concord.* vbi clarè decidi videtur casus noster, & latè per *Tiraq. de retract. lignag. §. 32. gloss. vnic. num. 14. & 15.*

Quinimò in vniuersalibus nedùm pretium loco rei succedere ostendimus,sed etiam rem loco pretij,vt erat casus noster, vt post *Castr. in d. cons. 326. num. 1. lib. 2. Surd. decis. 15. nu. 20. & Statil. Pacif. d. inspect. 3. cap. 4. num. 353. & 328. per totum*,refert *Barbos. in d. 3. par. rubr. solut. matrim. à num. 74.* per *text. in d. l. Imperator, §. cum autẽ*, vbi *Bart. & Imol. & Bald. in l. mater, num. 2. C. de rei vend.* cum alijs superiùs adductis.

Quartò, licet essemus in particularibus: nihilominus quando con-
20 stat rem fuisse subrogatam in locum primæ, tùnc res empta ex pretio rei
21 hæreditariæ dicitur etiam hæreditaria, nàm subrogatum sapit naturam illius rei,in cuius locum subrogatur, *l. eum qui ità, §. qui iniuriarũ, ff. si quis caut. §. fuerat*,vbi *Faber, & Iaf. de act.* imò cum omnibus qualitatibus, quæ inhærẽt rei,in cuius locum fit subrogatio,*Surd. cons. 424. num. 26. volum. 3. Morotius* optimè *in cons. 20. num. 7. & Peregrin artic. 16. num. 30. Dom. de Franch. decis. 435. nu. 21. & 22.* & post alios latè *Giurba decis. 111. n. 23.* quod non solùm vt diximus procedit in vniuersalibus, *l. vnica, §. sed vt pleniùs, C. de rei vxor. action.* sed etiam in particularibus,vt tradit *Iaf. In l. si grege, col. 2. vers. nono nota, ff. de leg. 2.* quem ad hoc refert,& sequitur optimè *Tiraquell. d. §. 32. gloss. vnic. nu. 25.* & sequitur *Pater Molses. par. 2. tit. de bonis, quæst. 5. num. 13.*

In casu autem nostro subrogationem huiusmodi fuisse factã, licet expressis verbis non appareat, ex multis tamen coniecturis eliciebatur, quod satis sufficiens erat: Expressum enim
22 videtur,quod ex coniecturis colligitur,vt in terminis tradit *Surd. in d. decis. 306. num. 12.* Ideòq; parùm referre aiebam, emptionem huiusmodi fuisse factam cum Principe Bisiniani nomine proprio Io. Vincentij hæredis, non autem nomine hæreditatis, quo casu nullum esset dubium; nàm ex nonnullis coniecturis fuisse in locum primæ emptionis subrogatã clarè demonstrabamus.

Cùm enim testator expressè mandauerit ex suis introitibus hæreditarijs accipi anno quolibet duc. quinque mille, illosq; in multiplicum conuertendos præceperit, vt ex illo,legitimæ secundogenitis dari possent; certum est multiplicum huiusmodi ad effectũ deduci minimè potuisse, si bona prædicta hæreditaria, & pretium ex illis redactum consumptum esset, & in aliam emptionem conuersum non fuisset; & ideò quotiescumque ex mandato testato-
23 ris constabat, pretium ex rebus hæreditarijs redactum, esse reinuestiendum in aliam emptionem, imò hoc ex eius voluntate etiam coniecturata, quàmuis non expressa, vt tradit post *DD. in l. Balista, ad trebell. Cardin. Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 7. tit. 10. num. 9.* tùnc nulli dubium

quin

quin res ex illo pretio empta dici debeat hæreditaria, & subrogata in locum primæ cum eisdem qualitatibus, imò habeatur, ac si ab initio fuisset à testatore relicta, *Alban.consil.*97. *num.*5. *Soccin.sen.consil.* 249. *num.* 27. *vol.*2. & latè *Pacif. d.inspect.* 3. *cap.* 4. *nu.*338. *&* 344. *cum seqq.* faciunt notata per *Surd.d.decis.*15. *nu.*16. *& seq.* vbi *num.*28. *& seq.* asserit parum interesse, an nomine filij hæredis, vel hæreditatis facta fuerit emptio; nàm cum ex aditione desinat esse hæreditas, & filius ipse sit etiam hæreditatis dominus, siuè fiat nomine filij, siuè hæreditatis, semper videtur facta in exequutionem voluntatis testatoris, faciunt notata per *Merlin.de pignor.lib.*2.*tit.*1. *quæst.*51.*n.*27. & meliùs *num.*38. vbi quod si ex pecunia testatoris, (prout erat hec) peruenta ex reemptione facta vigore pacti de retrouendẽdo, & sic ex causa antiqua; fuit facta alia emptio, & inuestimentum, quod ordinauerat testator fieri, tùnc res illa empta censetur subrogata in locum primæ, & in hypotheca veniet, etiam si dubium sit cuius nomine fuerit factum inuestimentum, quia præsumi debet ex causa dispositionis testatoris.

Insuper certum erat, quod statim facta reemptione dictorum annuorũ introituum per Ducem Hadriæ depositando capitale duc. 62500. confestim per tutores Marchionis Io. Vincentij fuit illa pecunia ex prædicta reemptione peruenta, in secundam emptionẽ annuorum introituũ conuersa cum Principe Bisiniani, licet nomine Io. Vincentij hæredis; At ex illa temporis breuitate, estò quod
24 hoc expressè non dixerint, satis clarè videtur colligi, voluisse hos secũdos annuos introitus emere, vt illos subrogarent in locum aliorum retrouenditorum, vt optimè refert *Tiraq.* videndus *d.* §. 32. *Gloss.vnic. num.*24. *&* 25. qui in specie loquitur in prædio empto ex pretio alterius prædij hæreditarij, *arg.l.si ventri*, §. *fin.* & ibi *Bar. ff.de priuil.cred. c.officij de officio de leg.Gloss.in d.l.sed & si lege*, §.1 *d. petit. hered.* sequitur *Molin.de Hyspan primog en.lib.*4. *cap.*4. *num.*28. & refert *Guttier.lib.*5.*pract.quæst.*87. *num.*5. licet in suo casu contrariũ sentiat ex particulari decisione *l.* 6. *Tauri*, tradit optimè in nostris terminis, *Pacif.d. c.*2.*n.*278. *& seq. & c.*4 *q.*4.*n.*43 benè *Morot.d.cons.*20.*n.*2. *& Giurba d. decis.* 111.*nu.*20. *&* 22. vbi in specie loquitur de re empta ex pecunia hæreditaria, vt pſumatur subrogata, ex tẽporis breuitate, & nonnullos ad id allegat, respondens *Menochio in d. cons.* 213. contrariũ sentiẽti; qui sibi parùm cõstãs pro nobis etiã cõcludit *de arbitr. casu* 432.*nu.*38. *& lib.*5.*præs.*55.*nu.*8. post *Capyc.in d.decis.*194.*nu.*15. *&* 16. & sequitur *Gait. de credito c.*4.*n.*1375. *& seq.* & optimè *Barbos. in d. par.* 3. *rubr.solut.matr. num.*75. vbi ità limitat regulam quàm constituerat, vt in
25 particularibus pretiũ non succedat loco rei, nec ècontra, vt scilicet non procedat, quando expressè ità fuerit inter partes conuentum, quàm partiũ conuentionem lex approbat, *per tex. in l.si donatę*, §.*fin. ff.de donat.int.vir. & vxor*, *& Tiraq.d.*§.32. *Gloss.vnica num.*23. & subdit, quod ità in dubio præsumitur tacitè fuisse actum quando incontinenti ex pretio rei venditæ alia empta sit *arg. d. l. si ventri*, §.
26 *fin.ff.de priuil.credit.* nihil .n. interest verbis nè, an facto volũtas declaretur, *l.de quibus*, vbi *Gloss ff.de legibus.*

Cũ igitur in casu de quo disputabatur, statim fuerat facta emptio aliorum introituum ex pretio peruento ex dicta retrouenditione facta introituum hæreditariorum, nullo modo dubitari poterat, quin ista secunda emptio fuisset subrogata in locum primæ: Præcipuè quia illi annui introitus hæreditatij fuerunt retrouenditi à tutoribus, & ab eisdem alij annui introitus empti, quo casu præsu-
27 mitur emptio facta ex pecunia, quæ ad eo-

ad eorum manus peruenit, non ex alia, vt docet *Bart. in l. Lucius*, *§. cùm autem num. 3. in fine, ff. de admin. tutor.* & idem *in d. l. Imperator*, *§. fin. Capyc. decis. 194. num. 15.* & post *Magon. & alijs*, tradit idem *Giurb. d. decis. 111. num. 20. in fine, Surd.* optimè *d. dec. 15. n. 13. & seq. Card. Paris. in cōs. 80. n. 27. vol. 1. & Præses Morot. d. consil. 20.* vbi asserit, quod bona empta ex pretio redacto ex bonis immunibus, censentur etiam immunia, *ex d. l. Imperator, §. fin.* ibi, *De pretio rerum venditarum alias comparat, diminuisse, quæ vendidit non videtur; sed quod indè permutatum est vice permutati dominij restituitur*, & sequitur etiam *Bellon. de potestat. eorum, quæ incontinenti fiunt cap. 1. num. 9.* & optimè *P. Molfes. super Consuetud. Neap. par. 4. quæst. 63 num. 20.* vbi quod ratione subrogationis datur eadem actio in secundam rem, sicut dabatur in primam, etiam contra tertium possessorem, saltem in subsidium, vt concludit *nu. 22. & seq.* & facit etiam idem *P. Molfes. quæst. 5. num. 13.* vbi ex his, & similibus refert, rem emptam ex pretio bonorum antiquorum dici antiquam etiam vigore Consuetudinis Neapolitanæ, & idem in additione ità decisum asseuerat, & tradit etiam *Consiliar. de Georgio allegat. 4. num. 15. Marta decis. 212. num. 22. & Peregrin. decis. Patauin. 2. post num. 4. & Giurb. d. decis. 111. num. 24. cum seqq.* faciunt etiam tradita per *Merlin. de pignor. d. quæst. 51. num. 35. & 36.*

Et ideò cum ex his nullo modo dubitari poterat, quin prædicti introitus fuissent empti, ex pecunia peruenta ex pretio bonorum hæreditariorum; sequebatur quod in illorum locum subrogati dici debebant cum omnibus qualitatibus, adeò vt sicut actio hypothecaria, & Saluianum interdictum competere poterat D. Carolo secundogenito pro legitima eidem relicta, etiam contra tertios possessores, ità etiam competere dicendum erat super istis annuis introitibus nouitèr emptis.

Hęc causa non fuit speciali decreto determinata, sed fuerunt prædicti annui introitus tacitè habiti pro hæreditarijs, vt ex processu.

SVMMARIVM.

1 *Pactum de retrouendendo in contractu censuali dicitur de forma.*
..Quod nedùm debet esse perpetuum, sed etiam in libera facultate venditoris illud quandocumq; exercendi.

2 *Pactum, aliquo modo restringens libertatem reemendi in contractu censuali, dicitur illicitum.*
.. Ad. ò vt nonnulli teneant, non solùm vitiari, sed vitiare.

3 *Pactum vt teneatur venditor census alteri cedere ius luendi ad omnem emptoris requisitionē, an sit validū.*

4 *Cōtractus censualis cū pacto redimēdi ad voluntatē emptoris improbatur.*

5 *Pactū quod teneatur venditor censūs infrà certū tempus redimere nō tenet.*

6 *Rescisso contractu, non amplius dicitur cēsus, nec currūt tertiæ vti tertiæ, sed vti interesse ad eādem tūi rationē.*
.. Contradicit enim, quod dicatur census & sors sit repetibilis.

7 *Valet pactum, quod teneatur venditor redimere infrà certum tempus ad instantiam fideiussoris.*
.. Non enim debet ille perpetuo obligationis nexui subiacere.
.. Nisi esset aliqua collusionis præsumptio inter emptorem, & fideiussorem, ex qua possit colligi ad illius cōmodum fuisse pactum appositum.

8 *Cessio iuris luendi tribus ex causis potissimum fuit introducta.*

9 *Quilibet tertius potest censum extinguere, & liberare venditorem.*
.. Poterit enim quilibet pro alio soluere, etiam inuito creditore.
.. Secùs si nollet censum extinguere, sed illum sibi acquirere: quia tùnc non poterit cogere dominum census

ad

ad vendendum cum cessione iurium.
10 *Ius reemendi cessibile est.*
11 *Creditor vi pacti, tenetur retrouendere cessionario iuris luendi.*
12 *Emptor census poterit illum vendere, & cedere cui voluerit.*
..Et hoc casu census non extinguitur, sed transit census in cessionarium affectus onere hypothecæ.
13 *Res transit cum sua causa.*
14 *Cessionario iuris luendi vigore pacti antecedentis reemente; omnes hypothecæ medio tempore contractę resoluuntur.*
..Licet census remaneat viuus in beneficium cessionarij iuris luendi.
15 *Tertius de cuius pecunia fuit dimissus creditor, cessis iuribus in sui beneficium, non poterit repræsentare iura cessa, nisi pro summa soluta, & consequenter pro sorte, & censibus decursis non autem pro decurrendis.*
..Quia census decurrendi oriuntur ex nouo contractu inito cum debitore.
..Nisi fuerit etiam hic nouus contractus rescissus.
16 *Cessionarius iuris luendi si dicto nomine redimat censum à creditore, census non extinguitur, sed remanet firmus, & mutatur solum persona creditoris.*
..Et ideò habet anterioritatem etiã pro censibus decurrendis.
17 *Venditio noua quam facit venditor cessionario iuris luendi in actu cessionis, fit ad maiorem cautelam, non ad finem innouandi primæuam venditionem, & obligationem.*
18 *Pactum de cedendo ius luendi, nõ impedit libertatem vẽditoris census reemendi, quandocumq; voluerit.*
..Quia nõ cogitur ipse venditor reemere, nec pretium soluere, sed tantùm cedere ius luendi.
..Ideò non est ipse qui redimit, sed ille tertius cessionarius, & remanet sibi semper illæsa facultas redimendi quandocumq; voluerit.
19 *Contractus censualis non potest dici rescissus, nisi fuerit soluta sors.*
..Necessè est enim, vt interueniat actus retrosimilis.
..Neq; sufficit sententia, sed debet solutio pecuniæ interuenire, vel ad minus mandatum exequutiuum.
20 *Emptor census non potest ad sui libitũ rehabere sortem, quia ex sui parte debet esse demortua, & irrepetibilis.*
..Sed hoc intelligitur, vt nequeat illam exigere ab ipso debitore, secùs ab alio extraneo.
..Potest enim censum alteri vendere, & rehabere capitale.
..Neq; in hoc læditur libertas reemendi, quia semper poterit illam facultatem exercere, vel cum ipso creditore, vel cum eius cessionario.
21 *Debitor etiam inuitus compelli poterit alium accipere creditorem.*
22 *Sors quotiescumq; ab ipso venditore census non restituitur, non dicitur impedita libertas reemendi, quamuis creditor sortem ab alio recuperet.*
23 *Census semel legitimè constitutus potest viliori pretio emi.*
24 *Pactum quod debitor census infrà certum tempus reemat, quando constat de collusione, etiam ad instantiam fideiussoris ideò reprobatur, quia tùnc sors venit soluenda ab ipso debitore.*
..Secùs si ab alio extraneo soluenda sit, tùnc enim non improbatur pactũ.
25 *Pactum de redimendo censum ad libitum emptoris, quando tamen augetur pretium ratione talis pacti, an valeat, remissiuè.*
..Et qui negatiuè tenent, mouentur, quia pretium venit exbursandum ab ipso debitore, super quo fundatur iniustitia pacti.
26 *Obseruantia subsequuta operatur, vt etiã id quod de iure non subsistit habeatur pro licito, & de facto seruãdũ.*
27 *Obseruantia plurimum confert ad interpretationem Bullæ.*
27 *Cessio fieri debet, quotiescumq; cedenti non nocet, & cessionario prodest.*
..Etiam absq; pacto de cedendo.
29 *Officio Iudicis succurritur soluenti ad obtinendam cessionem.*

ARGVMENTVM.

Pactum, quod teneatur venditor census ad omnem emptoris requisitionem, alteri ius luendi cedere, esse validum; nèc in aliquo libertatem reemendi lædere.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXV.



D iustitiam censualis cõtractus illud videtur esse præcipuum, vt pactũ redimendi, nedùm debeat esse perpetuum, sed etiam in libera, &
1 absoluta facultate, & arbitrio venditoris census, vt nullo modo possit cogi ad reemendum, vel non reemendum: Est enim hoc pactum de forma, & substantia contractus censualis, vt tenet *Boccat. de censib. par. 3. n. 1. & seq.* præcipuè attenta Bulla Nicolai V. in hoc Regno recepta, & inter Regni leges relata *in Pragm. 1. de censib.* vt latè explicat *Foller. in praxi cẽsuali in verb. instrumento gratiæ nu. 5.* & benè *Petr. de Gregor. siculus de censibus quæst. 5. num. 39. & seq.* & latè *Duard. de censib. §. 5. q. 42. nu. 4. & seq.*

Quotiescumq; igitur contra huiusmodi reemendi libertatem pactum apponitur, ex quo necessitas imponitur redimendi censum, & sortem fieri repetibilem; illicitum erit iudican-
2 dum, adeò vt nonnulli tenuerint nedùm vitiari, sed vitiare, vt latè per *Genc. de censib. quæst. 60. nu. 7. & seqq.* vbi *num. 11.* fusè disputat, nùm valeat saltem si non simplicitèr, & absolutè concipiatur, sed in certo casu, nimirùm si morosus fuerit in soluendo census, & similibus ad quem recurrendum.

At in quodam occurrenti casu, nõ mediocritèr fuit disputatũ, nùm vale-
3 ret pactum, quod venditor census teneatur ad omnem emptoris requisitionem cedere alicui tertio ius luendi, seù redimendi annuos introitus, quod ipse venditor habet? proùt in similibus censualibus contractibus, & præcipuè cum Regia Curia apponi consueuit?

Videbantur difficultatem non modicam facere superiùs considerata, cum videretur ex huiusmodi pacto, quodãmodò læsa reemendi libertas, quæ intemerata prorsus esse debet; & ideò esse contra formam substantialem censualis contractus; qui in hoc præcipuè distinguitur à mutuo, in quo cogitur mutuatarius sortem reddere; & propterea ex huiusmodi pactione videtur fieri transitus in cõtractum mutui, & esset creditor, siuè emptor census certus de lucro; & consequentèr illicitus redderetur, vt post *Sotum de iustit. & iure* refert *Couarr. lib. 3. var. cap. 7. sub num. 3. versic. Secunda ratio*, vbi affirmat, ideò ab his censualibus contractibus reijci vsuram, quia nihil vltra sortem percipitur; nulla enim adest obligatio ad sortem, quæ perpetuò alienatur, & transit in recipientem. Propterea si teneretur venditor alteri ius redimendi cedere, ad omnem emptoris requisitionem sequeretur, quod esset in potestate ipsius, sortem rehabere, & consequentèr non perpetuò dici posset alienata, contra naturalem, siuè substantialem huius contractus conditionem, & contra Pontificias Constitutiones, quæ in hac præsertim libertate; iustitiam huiusmodi contractus constituerunt.

Ideò improbatum esse contractum venditionis annuorum introituum
4 cum pacto redimendi ad voluntatem empto-

emptoris, dixit idem *Couarr. d.lib.3. cap.9.num.4. Mastrill.in add. ad Petr. de Gregor.lib.1.cap.7. num.15. Rodriq. de ann.reddit.lib.1.quæst.18.& 19. Frideric.Martinez de censib. cap.6.n.238. Anton.Gom.var.de censib.cap.5.num.1. Auendan.Salas.Molin.Intrigliol.Rebell. Lessius*, & innumeri, quos iuxtà morem adhoc allegat *Cenc. d. quæst. 60.* per totam, nonnullas Rotę decisiones adducens, & *Duard.* in locis citatis, & nouissimè post hæc scripta in lucem editus, *Salgad.in laberint.credit.par.1. cap.19.num.5.*

Hinc etiam dixerunt *Doct.* non valere pactum, quod teneatur ven-
5 ditor census intrà certum tempus redimere; quia aduersatur liberæ reemendi facultati quandocumq; venditor voluerit, vt post multos refert *Felic.de censib.d.cap.7.à nu.5.cum seqq.*

Hinc etiã videmus, quod rescisso cõtractu, itàvt in potestate creditoris sit habere sortẽ, non ampliùs dicitur cẽsus, nec currũt tertiæ vti tertię, sed
6 vti intereſſe ad eandẽ tamen rationẽ; nàm contradicit quod dicatur census, & sors sit repetibilis, vt post alios refert *Rota Roman.coram Manzanedo decis.182. num.5. & seq. & decis.290. num.2.* penès *Cencium, & in decis.229.* penès *Duard.* & refert *Reg.Rouit.in pragm.1.de censib.num.38.* & nouissimè idem *Salgad.in labyrint.cred.d.cap. 19.num.6.*

Et licet valeat pactum, quod venditor census teneatur illos redimere infrà tot tempus ad instantiam tamẽ fideiussoris, cùm non debeat ille per-
7 petuo obligationis nexui subiacere, ideoq; possit pacisci, vt ab obligatione eximatur, vt dixerunt *Rodriq. Gail. Menoch. Felic. Gratian.* cæteriq; per *Cencium d.quæst.3.artic.8. num.52.& seq.* & in nouissimis *quæst 60.& q.106. num.14. & 15.* Hoc tamen non procedit quando adesset aliqua collusionis præsumptio inter ipsum census emptorem, & fideiussorem, ex qua colligi posset, contemplatione ipsius emptoris, & ad ipsius commodum fuisse pactum illud appositum, vt dicunt *Felician.d.lib.1.cap.7.num.17.& Fontanell. de pactis nuptial. Gloss.18. par.3.clausf.4.num.9.*

Vndè cum ex hoc pacto videatur emptor commodum sentire, quia ex cessione iuris luendi consequitur ipse emptor sortẽ principalem, videbatur omninò huiusmodi pactum illicitum iudicandum, tamquàm contradicens naturę, seù rectius substantiæ contractus censualis.

Attamen licet prima facie, prędicta omnia satis vrgere viderentur: Contrariam tamen sentẽtiam pro validitate pacti, quotidie in huiusmodi contractibus, & præcipuè cum Regia Curia apponi soliti, veriorem esse dicebamus.

Etenim licet verum sit, nec negari licito iure possit, facultatem redimendi omninò dependere à libera venditoris voluntate, & arbitrio, adeò vt nullo modo possit ad redimendum cogi: Negabamus tamen huiusmodi pactionem esse contra libertatem pacti de retrouendendo, quod ex multis ostendebamus explosis pęnitùs, quæ in contrarium adducebantur.

Et vt clariùs huiusmodi materia enuclearetur, pręsciendum dicebam
8 cessionem iuris luendi, tribus potissimum respectibus, & causis esse necessariam, & fuisse introductam: secundum magis receptam opinionem.

Primò, quia cũ certũ sit, quod quilibet tertius possit, & valeat censum extinguere, & liberare venditorem,
9 vt habetur per *Rotam in vna Romana census coram Litta penès Cencium in decis.271. num.5. & seq.* per *text. in l. soluendo de neg.gest. cum concordantib.* Quilibet enim potest pro alio soluere etiam inuito creditore, & latissimè comprobat *Antonin.Amat. resolut.37. num.1. & 2.* Hoc tamen intelligitur quando tertius simpliciter vult censum extinguere, secùs autem si nolit

censum supprimere, & liberare ven-
ditorem; sed ad finem comparandi
sibi debitorem, & ius redditus annui:
Tunc enim cogi nullo modo poterit
dominus census, ad illum reuenden-
dum, siuè cedendum cum cessione
iurium, vt post nonnullas Rotæ deci-
siones, & post *Auendan. de censib. c. 106.
num 6.* refert *Cenc. quæst* 105. *num.* 13.
& seq. vbi rationem addit differentiæ
inter vnum, & alterum casum; scilicet
quod quando agitur de simplici ex-
tinctione census, tractatur solùm de
liberando debitorem à nexu suæ ob-
ligationis, & procedit regula *d. l. sol-
uendo, ff. de negot. gest.* quod quilibet
soluendo pro alio potest illum libe-
rare; sed quãdo fit solutio, cum pacto
cessionis iurium, non fit animo extin-
guẽdi censũ, nèc vt debitor liberetur,
sed ad finem comparãdi debitorem,
& sic vt redimere volenti ius acqui-
ratur, quod fieri nõ debet debitore in-
uito, *arg. tex. in l. inuitum, C. de contrah.
emption. l. nec emere, C. de iure delib. &
l. nulla, C. de solution.* refert *Felician. de
censib. lib. 4. cap. 1. nu. 11. vers. verum
tom. 1.* post *Bald. in consil. 190. lib. 5.* opti-
mè *Rodriq. lib. 2. quæst. 16. à nu. 6. cum
seqq. Mastrill. ad Petr. de Gregor. de
censib. quæst. 5. num. 300. & seq. & An-
tonin. Amat. d. resol. 7. num. 15.*

Ideò adhoc, vt ille tertius possit
censum reemere, & iurium, ac introi-
tuum cessionem acquirere, inuenta
fuit hæc cautela, vt venditor cen-
sus illi tertio ius reemendi cedat,
10 quod quidem ius cessibile est, vt
latè per *Roland. consil. 28. num. 39.
& per totum lib. 2.* post *Mantic.* &
alios, & receptius dicit *Gratian. cap.
978. num. 4. & 5.* & hoc casu tenetur,
tùnc creditor census cedere iura, &
11 annuos introitus illi tertio retrouen-
dere, qui vti cessionarius venditoris,
vigore pacti de retrouendendo agit,
& consequentèr ex vi pacti tenetur
creditor, siuè emptor illi cedere, &
retrouendere, vt post alios latè tradit
Rodriq. loco citato num. 27. & 28. vbi
addit, quod hæc cessio iustè peti po-
test à quocumq; qui causam habet à
debitore, & refert etiam *Reg. Rouit. in
consil. 46. num. 2. lib. 2.*

Secundò, necessaria omninò est
huiusmodi iuris luendi cessio; Quo-
niam licet emptor annuorum introi-
tuum possit ad sui libitum illos ce-
12 dere, seù vendere cui voluerit, cùm
quilibet rei suæ sit moderator, & ar-
bitrer, *l. in re mandata, C. mandat.* &
hoc casu census non dicatur extin-
ctus, sed integer perseuerat, & viuus,
quia nil aliud fit, nisi vt cessionarius,
vel emptor subintret in locum ipsius
creditoris census, qui illos cessit, vel
vendidit, vt post *Ludouic. Casanat. in
consil. 10.* & alios refert idem *Antonin.
Amat. d. resolut. 7. num. 33. & 34.* Nihi-
lominùs illi introitus eo casu tran-
seunt in cessionarium affecti onere
hypothecæ, forsan per ipsum ceden-
tem contractæ, cùm certum sit an-
nuos introitus sub obligatione veni-
re, & ideò licet dominus census pos-
sit illos cedere, & alienare, nullum
tamen præiudicium inferre poterit
hypothecæ creditorum, qui cum eo
medio tempore contraxerunt, sed
13 transeunt cum sua causa, *ad tex. in
l. traditio, §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l.
alienatio, ff. de contrah. empt. & l. si de-
bitor, ff. de distract. pignor. Mastrill. d.
quæst. 5. num. 124. & seq. Garz. de hypo-
thec. num. 20. & seq. impresso post tract.
de expensis*, & refert idem *Antonin.
Amat. d. resolut. 7. num. 36. & Reg. Ro-
uit. in consil. 53. num. 16. & 17. lib. 1.*

Ad finem igitur, vt cessionarius
acquirere valeat introitus illos, omni
nexu obligationis, & hypothecę cre-
ditorum, qui medio tempore contra-
xerunt, solutos, & expertes, fuit etiã
inuenta hæc cautela cessionis iuris
luendi, nàm cum cessionarius vigore
14 pacti de retrouendendo anteceden-
tis, reemat ab emptore, seù credito-
re prædictos census, resoluuntur om-
nes hypothecæ medio tempore con-
tractæ, & consequentèr transeunt in-
troitus

troitus illi in cessionarium liberi, &
exempti ab omni onere obligatio-
nis, vt scripsit *Giurba decis. 87. num. 7.*
& 30. Anna in consil. 81. vol. 1. Antonin.
Amat. d. resol. 7. num. 36. & 37. per do-
ctrinam *Bartol. in l. diem, ff. de aqua*
pluu. arcend. Dom. de Franch. decis. 64.
& decis. 226. & 269. Præsid. Amat. in
consil. 10. per tot. vbi sic passim obser-
uari fatetur, vt hypothecæ medio tē-
pore contractæ dicantur extinctæ, li-
cet census remaneat viuus in benefi-
cium cessionarij iuris luendi, sequitur
Castill. decis. 137. & Auendan. cap. 102.
num. 1. & conferunt relata per *Rotam*
penès Farin. in recollect. decis. 293. in
princip. & Reg. Rouit. in d. consil. 53.
num. 17. lib. 1.

Tertiò, fuit etiam huiusmodi iuris
luendi cessio introducta, ad finem ni-
mirùm, vt cessionarius, non solùm re-
presentaret creditoris personam, il-
liusq; iura, cum anterioritate hypo-
thecæ respectu sortis, de qua non est
15 dubium, sed etiam respectu censuū,
& annuorum introituum, etiam futu-
rorum: Etenim quando dimittitur
creditor ab ipso debitore, licet de
pecunia tertij, cui creditor cedit iura,
non potest ille tertius representare
personam creditoris, nisi pro quan-
titate, quàm ille recepit, & pro qua
iura sua cessit, & consequentèr pro
sorte, & censibus decursis; non autem
pro censibus, qui in futurum decur-
runt, per solutionem enim sortis fa-
ctam per debitorem creditori, licet
de pecunia tertij, fuit extinctus cen-
sus, & consequentèr tertius pro cen-
sibus futuris, non poterit anteriorita-
tem habere, cùm illi oriantur ex no-
uo contractu inito cum debitore, vt
optimè post *Cenc. Castill. & Milanens.*
explicat idem *Antonin. Amat. d. resol.*
7. nu. 32. vers. Tertius casus. Sed quan-
16 do non ipse debitor, sed tertius, etiā
vti cessionarius iuris luendi, redimit
census ab ipso creditore; tùnc primus
ille contractus censualis, non extin-
guitur, sed remanet viuus, & firmus,
nèc fit aliqua nouatio, sed solùm mu-
tatur persona creditoris, itā vt sicut
per priùs debitor correspondebat
creditori, correspondeat deindè ces-
sionario, ideoq; cessionarius anterio-
ritatem acquirit, nedùm pro sorte, sed
etiam pro censibus futuris, qui non
oriuntur ex nouo contractu, sed ex
primo, qui non fuit extinctus; & licet
in secundo contractu cessionis scili-
17 cet iuris luendi, soleat etiam inter-
uenire noua venditio annuorum in-
troituum, quam facit debitor ipse
cessionario iuris luendi, illa tamen
fit ad maiorem cautelam, & quate-
nus opus sit, & ad finem acquirendi
obligationem de facie, ad faciem, vt
possit in casibus rescissorijs liquidari
instrumentum via Ritus, non autem
ad finem innouandi primam obliga-
tionem, & venditionem annuorum
introituum, vt post magnam discus-
sionem fuit nuper sollemniter per
S. C. decisum in causa creditorum
Marchionis Mortulæ, de qua cele-
brem exarauit decisionem *Reg. Capyc.*
Latr. Marchio Torelli in dec. 16. per tot.
Vbi imprimi curauit insignem alle-
gationem illius eximij, & nunquam
satis laudati Iurecōsulti Fabritij Brā-
catij in huiusmodi materia; secundū
quam, fuit etiam tùnc in illa causa
decisum, de qua decisionem facit *Reg.*
Reuerter. in manuscriptis, quam etiam
idem *Reg. Latr.* imprimi curauit; & no-
uissimè iterū in causa Montis trigin-
ta familiarū, cū Ill. Marchione Rotū-
dorum, alijsq; creditoribus posterio-
ribus Ill. Principis Auettanæ referen-
te Doctissimo Regio Consiliario Ca-
rolo Brancatio, in qua decisione ego
etiam interueni tamquā Adiunctus,
die 26. Nouembris 1648. fuit itā etiā
decisum, non obstantibus in cōtrariū
adductis per *Mōtan. contr. 35.* quibus
optimè fuit responsū: penès Actuariū
Sollatium, prout in decisionibus Sac.
Cons. imprimendis Deo dante, de-
monstrabimus, itā vt de huiusmodi
quæstione, & articulo, dùm toties fuit

per

per S.C. decisum, non erit ampliùs dubitandum, nèc in controuersiam deducendum.

His præmissis clarè colligi dicebam, iustitiam huiusmodi pactionis, quæ nullo modo dici potest restrictiua libertatis pactum de retrouendēdo exercendi; Non enim ex hac pactione cedendi ius luendi tertio ree-
18 mere volēti, etiam ad requisitionem creditoris; læditur aliquo modo facultas reemendi competens venditori:ex illo enim non cogitur venditor ipse, seù debitor annuorum introituum reemere, nèc pretium capitale exbursare; sed tantumodò cedere ius illud,quod habet luēdi: quo casu non ipse est, qui redimit à creditore,sed ille tertius cessionarius;& propterea in nihilo læditur eius facultas, sed intacta remanet quandocumq;voluerit illam exercēdi: Quoniam sicut superiùs diximus, cum primus contractus nequaquam extinguatur, sed tantumodò mutetur persona creditoris,remanet illæsa facultas redimendi competens ipsi vēditori ad sui libitum,non contra primum emptorem,seù creditorem, qui iàm fuit dimissus; sed contra cessionarium iuris luendi facta ab eo reemptione, vt refert *Camill.de Medic.in consil.165. num.7.in fine*, & sicut ante cessionem poterat venditor annuorum introituum exercere pactum reemendi cum ipso emptore census, facta deindè cessione iuris luendi, poterit illo vti contra ipsum cessionarium, in quem fuerunt translata omnia emptoris iura: Ideoq; cū eius libera facultas, nèc in minimò lædatur, nihil est quod contradicere videatur iustitiæ huius censualis contractus.

Nèc dici poterit,quod ex hac cessione iuris luendi, videatur aliquo modo exerceri pactum de retrouendendo ad commodum,& beneficium emptoris, licet per tertium cessionariū,& cōsequentèr cū tendat in vtilitatem creditoris prohibitū videatur.

Quoniam; aut dicimus, quod ex ipsa cessione iuris luendi, dici poterit exercitatum pactum de retrouendendo per ipsum venditorē census, cedendo illud ius reemendi? Et hoc expresè negamus,quia tùnc dici poterit verè exercitatum pactum de retrouendendo, quando verè fuit ab ipso venditore exbursata pecunia, & sors illa principalis olim soluta pro pretio census,& ideò non sufficit cessio iuris luendi facta à debitore, sed requiritur realis pretij solutio ab ipso facta.

Hinc dixerunt *DD.* non posse dici contractum censualem rescissum, nisi
19 fuerit pretium capitale solutum, quia in reemptione necesse est,quod interueniat actus retrosimilis, vt latè per *Marcscott.lib.2.variar.cap.61.n.7. & 8.*adeò vt, neq;sufficiat sententia, sed debeat pecuniæ solutio interuenire,vel ad minùs quod fuerit relaxatum mandatum exequutiuum ad finē recuperandi sortem, nō autem depositandi,vt latè per *Duard.*post alios *de censib.§.6. q.14. nu.20. & 21. & Mut. decis.98. num.22. & 34. & per totum*, & nos latè deduximus *in disput.59.*

Et propterea cum venditor census per huiusmodi cessionem in nihilo lædatur,nèc sortem soluere teneatur, non poterit vllo modo dici exercitatum per ipsum venditorem pactum de retrouendendo,& consequētèr nō videtur huiusmodi pactio cedēdi ius luendi esse contra libertatem pacti de retrouendendo, & contra iustitiā contractus censualis.

Aut verò dicimus, ex hac cessione, fuisse exercitatum pactum de retrouendendo ab ipso cessionario, in beneficium ipsius emptoris,& proindè debere illicitum iudicari, cùm ex hoc videatur esse in potestate ipsius emptoris, seù creditoris rehabere sortem contra regulas superiùs firmatas,& huic obiectioni pluribus respondebamus medijs.

Quo-

Quoniam non ideò, quod per cessionarium iuris luēdi exerceatur hoc pactum de retrouendendo in beneficium creditoris; erit damnanda cōuentio de cedendo Iure luendi, quasi ex illa videatur esse in arbitrio, & facultate ipsius creditoris rehabere
20 sortem; Regula enim prædicta, quod emptor census, non possit ad sui libitum rehabere sortem, quæ ex parte creditoris debet esse demortua, & irrepetibilis, vt post *Siluestr. & Sotum tenet Couarr. lib.* 3. *var. cap.* 8. *num.* 7. & post alios *Rota penès Duard. in decis.* 152. *num.* 7. non debet ità indefinitè intelligi, sed tantùm nè possit per emptorem repeti ab ipso venditore census illo inuito: non autem si ab alio extraneo, hoc enim nedùm prohibitum, sed permissum est; Potest enim licitè emptor census, illum alteri ad sui libitum vendere, pro eodem vel minori pretio, & sortem rehabere; Cùm nullum ex hoc præiudicium inferatur venditori census, nèc eius libertas reemendi quandocumq; voluerit, in aliquo lædatur, quia sicut emptor, siuè creditor non potest ipsū cogere ad redimendum, ità neq; eius cessionarius, vt dicit *Rota penès Cenc. dec.* 418. *n.* 5. & 6. Neq; poterit replicare hoc casu venditor nolle alium habere creditorem, quia veriùs est, de-
21 bitorem etiam inuitum cōpelli posse alium accipere creditorem, *ad tex. in l.* 3. *C. de hered. vel action. vend.* & benè *Reg. Consil. Arias de Mesa olim meus collega lib.* 1. *var. cap.* 11. *num.* 2. Et ideò quamuis ex hoc pacto cedendi ius luendi, emptor recuperet sortem principalem census, illam tamen non recuperat ab ipso debitore, seù venditore census, sed ab extraneo licet cessionario iuris luendi, nèc ex eo læditur libertas venditoris, qui poterit quandocumq; ad sui libitum, pactum redimendi exercere contra ipsum cessionarium, qui non poterit ipsum vēditorem compellere ad reemendum, sicut neq; simplex alius emptor, & cessionarius, nàm cessio huiusmodi iuris luendi non alterat, neq; mutat substantiam contractus, nec censum extinguit, sed fit solùm ad finem extinguendi hypothecas medio tempore contractas per creditorem, quæ ex pacto antecedenti resoluuntur, vt diximus.

Et ideò, quotiescumq; sors non re-
22 stituitur ab ipso venditore census, nō potest dici improbatum pactum huiusmodi; Eò magis, quia non semper est in facultate creditoris etiam vendere, non enim semper reperiuntur emptores, qui velint emere census iàm constitutos, præcipuè si difficilis sint exactionis, vt in annuis introitibus fiscalibus, & alijs cum Regia Curia, quæ vsq; adhùc fiebant cum magno alagio, ob quam causā magis
23 cōmunitèr *DD.* cōcludunt posse cēsum iàm semel constitutum vendi, & alienari viliori pretio, de quo latè p *Cenc. q.* 72. *nu.* 17. *cum seqq.* & *q.* 108. *à n.* 20. *cum seqq.* post *Giurb. in dec.* 117.

Et ex his facillimè refelli videbatur illa obiectio deducta, ex doctrina *Felician.* & *Fontanell.* nàm ideò ibi reprobatur pactum luitionis, etiam
24 ad instantiam fideiussoris, quando constat ex collusione, redundare in beneficium ipsius emptoris, quia sors ipsa, eo casu soluenda erat ab ipso vēditore census, qui non poterat vllo modo cogi, ad illam restituendam emptori, etiam ad instantiam fideiussoris; Quamuis cessante fraude, & collusione validum sit pactum, quinimò creditor eo casu data collusione, redditur à principio certus, & securus de rehabēda sorte intrà tempus stabilitum cum fideiussore, vndè non mirùm si pactum huiusmodi reprobetur. Sed quando sors non ab ipso venditore, venit exbursanda, sed ab alio extraneo, valida erit conuentio, quæ nullibi reperitur prohibita, quia per eam in nihilo læditur facultas redimendi, nec creditor à principio est certus de rehabendo pretio

capi-

capitali, sed pendet à futuro euentu, & casu quo inueniri possit emptor, qui velit census illos emere.

Prætereà in illa quæstione, an valeat pactum de redimendo censum ad libitum emptoris quando tamen
25 augetur pretium ratione talis pacti, in qua affirmatiuè concludit *Lessius* post alios *de iustit.& iure lib.2.cap.22. dubit.10.num.56.* & sequitur *Rebell.de obligat.iustit.lib.10.de censib quæst.vlt. num.3 versic.4.difficultas, & Faust.de contract. disput. 8. de censib. quæst.70.* vbi alios allegat. Qui tamen negatiuã sectantur opinionem, non alia ratione mouentur, nisi quia ex illo pacto, oritur necessitas rehabendi pretium capitale exbursandum ab ipso venditore, cum census redimi non possit nisi per pretij restitutionem, vt pōderat *Duard.d.§.5. q.42.n.16.* & sic principalitèr iniustitia pacti fūdatur in restitutione pretij facienda ab ipso venditore, quæ cum in casu nostro videatur cessare, licitum dicendum erat pactum de quo agebamus.

Prætereà dùm semper in omnibus contractibus censualibus,& præcipuè cum Regia Curia,huiusmodi pactum de cedendo iure luendi ad omnem requisitionem emptoris,apponi consueuit per tot temporis spatium practicata,colligitur validitas pactionis,
26 nàm diuturna obseruantia operatur, vt etiam id quod de iure non subsistit, habeatur pro licito, & de facto seruandum, *ad tex.in l.qui habebat,§. 1.ff.de manum.testam.* vt latè refert in simili *Conc.quæst.11.num.7.& 8.Crauett.consil.101.num.4.Menoch.cons.49. num.21.& seq.Surd.consil.224.num.1. Rot.Rom.penès Duard.decis.379.nu.5. Anna consil.227.num.4.* imò dixit *Gratian.cap.978.num.27.* quod huiusmo-
27 di obseruantia plurimum confert ad interpretationē Bullæ, & mētis Pontificis, præcipuè cum hic contrahendi modus fuerit vsitatus, & iustus reputatus communitèr inter bonos, & graues viros, ex quo licitus cēsēdus est, *arg.l.si quis seruus fugitiuus, §. apud labeonem,ff.de ædilit.edict.cap.nisi de præbend.in 6. Bald. in l.1. C. de his, quæ pænæ nomin.latè Tiraquell. de retract.conuent.in fin.nu.117.& 130.& Felician.de censib.lib.1.cap.7.num.17.*

Eo maximè cū non semel fuerit ità practicatum, sed etiam pluries decisum, & per sententiam Iudicis contractus rescissi, ex hoc solo quia venditor recusauerat ius luendi cedere, non obstante pacto cedendi, nàm iniquum esse iudicabatur, nolle ce-
28 dere,dùm ipsi venditori minimè noceret, & alteri prodesset contra regulam,*l.1.§.idem aiunt,& l.2.§ item ff.de aqua pluu arcend. Ias.& cæteri in l.2. & solut. matrim.*

Et ideò etiam si non fuisset appositum huiusmodi pactum de cedendo iure luendi, si tamen ità consuetū esset fieri, prout verùm ità fieri consueuit,præcipuè per Regiam Curiam, posset nihilominus cogi venditor ad illud cedendum ex æquitate dictæ regulæ, *quod tibi non nocet*: saltem officio Iudicis, vt dixit optimè vidēdus in casu satis simili *de Ponte in consil.6.num.21.& 22.lib.1.* vbi asserit, quod licet quis pro alio soluens, nequeat agere pro cessione obtinenda eo inuito,ad *tex.in l.nulla, C.de solut.* sed tantùm poterit soluere,vt debitorem liberet, ad *text.in l.soluendo, ff.de neg.gest.* hoc tamen procedit per viam actionis, quæ ei non competit pro cessione iurium obtinenda, sed benè succurritur ei Iudicis officio ex æquitate prædictæ regulæ, *quod tibi non nocet*, quod quidem Iudicis officium est nobile non deseruiens actioni,quando deest, vt *in l.in creditore,ff.de euiction. vbi Gloss.in verb. quod sinè dispendio*, allegat concordātes;adhoc vt teneatur cedere, quando damnum non patitur, & ità limitari dispositionem *d.l. nulla* ex mente *Petri de Bellapertica* in eadem lege refert idem *de Ponte vbi sup.* affirmans ità per S.C. fuisse pluries determinatum,

tum, & refert etiam *Antonin. Amat. d. resol. 37. num. 10.*

Ex quibus nedùm licitum fuisse, ac esse huiusmodi pactum, verùm etiã illo deficiente posse cogi venditorem ad illud ius cedendum ex æquitate regulæ, *quod tibi non nocet*, dicebam.

Hic articulus ex causis non fuit determinatus ratione rectæ administrationis, verùm cùm alias occurrisset in causa venditionis Insulæ Nisitæ inter Fidelissimam Ciuitatẽ Neapolis, & Ill. Principem Conchæ; fuit decisum Fidelissimam Ciuitatem teneri ad cedendum Ius luendi.

SVMMARIVM.

1 *Legitimam Primogeniti in feudis francorum esse tertiam totius feudi magis communitèr tenetur.*

2 *Legitima regulatur à successione ab intestato.*

3 *In feudis Iuris francorum solus Primogenitus succedit.*
.. Ideò totum feudum est portio illi ab intestato competens.
.. Et cõsequentèr legitima erit tertia totius feudi.

4 *In feudis diuiduis legitima erit tertia, vel medietas illius portionis in qua in feudo succederet secũdum numerum filiorum.*
.. Quod etiam in feudo nouo procedit.

5 *Legitima in feudis licet liquidetur inspecto valore feudorum tempore mortis; non tamen debetur in pretio, sed in corpore feudi.*

6 *Legitima debetur deducto ære alieno.*

7 *Paragium minuit legitimam primogeniti.*

8 *Paragium dicitur onus feudi, & ex visceribus feudi debetur.*
.. Licet nõn sit onus reale, sed personale, occasione tamen feudi.
.. Ideò hoc onus non transit in singularem successorem secundum aliquos.

9 *Pro paragio poterit fieri exequutio in subsidium super feudo non ad finem vendendi, sed ad finem percipiendi fructus.*

10 *Pro paragio licet non competat hypothecaria, sed conditio ex lege.*
.. Datur tamen actio personalis in rem scriptam, ità vt quemlibet possessorem sequatur.
.. Ideò prosertur soror creditoribus hæredis etiam habentibus assensum.

11 *In liquidatione legitimæ Primogeniti non habetur ratio filiæ, siuè sororis exclusæ, aliàs legitima non esset tertia totius, sed sextans.*

12 *Dos siuè paragium sororis exclusæ detrahitur tamquã es alienũ, & de residuo frater habebit tertiũ pro legitima.*

13 *Onus dotandi sororem de paragio, quod habet frater quando solus succedit, non censetur successio filiæ, sed onus hæreditarium iniunctũ filio per Constitutionem tamquam es alienũ.*
.. Ideò in calculo legitimæ Primogeniti est deducendum.

A R G V M E N T V M.

Paragium sorori debitum vigore Constitutionis Regni, minuere legitimam Primogeniti in feudis Iuris francorum.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXVI.

VAriè fuit inter Doctores disputatum, nùm totum feudum sit legitima primogeniti? Præcipuè in feudis iuris francorum, in quibus solus primogenitus succedit, de qua post *Oldrad. in consil. 94.* qui tenuit non esse totum feudum legitimam primogeniti, & *Isern. in Constit. dignum*, vbi totum Regnum esse legitimam primogeniti docuit, latissimè tradit *Camerar.*

merar. in cap. Imperialem in §. praeterea ducatus de probib. feud. alien. per Frideric. car. 99. lit. D. versic & quia prospicuè; Attamen in huiusmodi feudis
1 iuris francorum, legitimam primogeniti esse tertiam totius feudi communitèr recipitur: Quia cùm legitima reguletur à successione ab intestato, vt per *Gloss.* communitèr receptam *in l. Papinianus, §. vnde quis in verb. debetur, ff. de inoff. test. l. as. in l. planè, §. si duobus n. 21. ff. de leg. 1. & in l. Gallus, §. & quid si tantùm num. 57. ff de liber. & posthum. Crass. in §. legitima quaest. 1. num. 1. versi. à causa.* Imò
2 sit portio eius, quod quis ab intestato consequi posset, *Gloss. in auth. nouissima, C. de inoffic. testam. & in §. 1. in fine versic. quale est filijs, Auth. de triente, & semisse*, quam sequuntur *DD. in d. l. Gallus, §. & quid si tantùm* cum alijs per *Tiraquell. de iure primogen. quaest. 55. nu. 10.* & latè *Mercur. Merlin. de legitim. lib. 10. tit. 1. quaest. 1. nu 2.*
3 Ideò cùm in feudis iuris francorum solus primogenitus succedat, & consequentèr totum feudum sit portio illi ab intestato competens; legitima erit tertia totius feudi, & ità optimè concludit idem *Camerar. in d. §. praeterea ducatus cart. 104. lit. I. versic. sed tùnc incidentèr quaeram*, vbi aliud esse
4 dicit in feudis diuiduis, in quibus legitima erit tertia, vel medietas illius portionis in qua in feudo successisset, secundùm numerum filiorum, quia hoc modo eidem successio ab intestato daretur, & hoc etiam in feudo nouo procedere doctissimè docet, & idem in effectu voluit, *Friccia lib. 2. de subfeud. tit. de differ. inter feud. ex pacto, & haered. differ. 19. num. 2.* latè *Loffred. consil. 1. num. 176. Reg. de Ponte cons. 88. num. 40. vol. 1.* & nouissimè reassumit *Dom. Reg. Rouit. super pragm. 4. de feud. num. 114. cum seqq.*

5 Haec autem legitima, licet debeat liquidari inspecto valore feudorum tempore mortis, non tamen debetur in pretio, sed in ipso corpore feudi, iuxtà *text. in l. scimus, §. repletionem, C. de inoffic. test.* quamuis vbi in corpore praestari non poterit, eo casu valor ipsius taxandus sit, & in extimatione praestāda legitima, vt refert idē *Camer. vbi supra cart. 103. lit. K. versic. non obstat tertium*, Et augumentum temporis deindè succedens, cedet in beneficium Primogeniti, qui successit in corpore feudi, vt fuit iudicatum in S. C. in causa Instinianae Scaglione.
6 Cùm autē huiusmodi legitima debeatur deducto aere alieno, iuxtà *tex. in l. quoniā in prioribus, C. de inoffic. testam. & l. Papinianus, §. quoniam, ff. eod.* fuit dubitatū an paragium, quod vigore *Constitutionis Regni incip. in*
7 *aliquibus*, sorori secundogenitae, & à feudorum successione exclusae debetur, minuat ipsius Primogeniti legitimam, ità quod ante omnia debeat hoc paragium, tamquam es alienum, & onus feudi deduci?
8 Et quidem dicebam, omni iure paragium minuere legitimam Primogeniti: Paragium enim esse onus feudi dixit in specie *Andreas in cap. 1. §. quid ergo post num. 6. de inuestit. de re alien. fact.* latè *Loffred. in sua paraphrasi ibidem, & Capyc. in cap. Imperialem col. 101. in paruis, Cannet. in cap. volentes fol. 100. & idem in cap. si aliquem fol. 332. num. 14.* vbi ex visceribus feudi deberi asserit, & ante eos idem *Andr. in constit. in aliquibus col. 5. vers. sed si dicamus, & in Constit. si quis post litem, Petr. de Gregor. de paragio per tot. Anna pat. in allegat. 70. num. 20. Anna filius consil. 75. num. 8. & seq.* & refert etiam *Caput. super Consuet. Neapol. si moriatur p. 2. §. 7 n. 10. & Presid. Amat. consil. 42. num. 10. & 11.*

Et quamuis illud, onus feudi reale dici non possit, cùm nulla lege caueatur, vt pro paragio sorori debito, feudum sit obligatum, vt tradit *Camer. in d. cap. Imperialem car. 14. lit. D.* & ante eum decisum refert *Afflict. in dec. 162.* non potest tamen negari esse onus feudi personale, & sic feudatarium

rium habere obligatum, & contra eum conditione *ex d. Constitut. In aliquibus* experiri posse, vt concludit idem *Afflict. post Andream in d. decis. 162. Camer. vbi supra cart. 105. lit. B. & in cap. 1. an agnat. in fine repetit. n. 158. versic. quod si nulla*, alios refert *Regens Rouit. sup. pragm. 25. de feudis num. 65. & Anell. Amat. in consil. 11. & 12. per tot. Mastrill. decis. 200. num. 29. & Anton. Amat. var. resol. cap. 2. nu. 43. lib. 1.* Ideoq; non transire hoc onus in tertium possessorem feudi tenent prædicti, quos refert idem *Reg. Rouit. vbi sup.* quo loci respondet *ad Andr. in d. cap. 1. §. quid ergò de inuestit. de re alien. facta*, illum declarando ex mente *Camer. in d. cap. Imperialem fol. 12. 4. col. versic. quarto, & vlt. cum seq.* Quod scilicet onus feudi quandoq; dicitur id pro quo obligatur feudatarius occasione feudi, licet ius aliquod minimè super feudo causetur; & id propriè contingere in paragio fatetur, ad quod obligatur feudatarius occasione feudi, licet ius hypothecæ super feudo minimè inducatur.

Non negat tamen ipse *Rouit.* nec alij eiusdē opinionis Authores, quod
9 donec feudum penès ipsum paragij debitorem reperitur, poterit in subsidium fieri exequutio pro paragio super feudo, non ad finem vendendi, sed ad finē percipiendi fructus, iuxtà tradita per *Andr. in d. §. quid ergò, & Afflict. in d. decis. 162. & in d. Constitut. In aliquibus num. 32.* Et illud tenebit loco pignoris, donec paragium soluerit frater, ad quod fuerat condemnatus, licet afferat, vsq; ad illa tempora fuisse obseruatum, vt pro paragij consequutione vnà cum interesse potuisset mulier experiri cōtra fratrē, vel alium successorem patris, & illum cogere etiam ad vendendum feudum pro integrali satisfactione, allegans *Andr. Affl. & Gramat. dec. 90.*

Alij tamen fatētur, quod licet pro paragio non competat actio hypo-
10 thecaria, sed conditio ex lege, vt fatetur *Afflict. in d. decis. 162. num. 7. post Andr. in d. Constit. In aliquibus col. 3. vers. & secundum istam, & col. 7. vers. & numquid*, & tenet etiam *Camerar. car. 13. lit. C. & seq. in d. cap. an agnatus num. 158.* & consequentèr competat actio personalis, cùm conditio ex lege personalem tantùm gignat actionem, vt refert idem *Præsid. Amat. d. consil. 42. num. 20. & 21. cum seq.* Attamen dicitur actio personalis in rem scripta, itàvt quemlibet rei possessorem sequatur, adeò vt idem *Præses num. 26. & 28.* referat fuisse decisum, teneri emptorem feudi, qui habuit causā à fratre debitore paragij, ad illud præstandum, & soluendum sorori, quod etiam tenuit *Camill. de Medic. in consil. 124. num. 14. in fine, & seq.* & proindè præfertur soror creditoribus hæredis, etiam habentibus assensum, vt pluries decisum refert idē *Præsid. Amat. vbi sup. num. 35. & in fine Consilij*; & adducit *Consil. Theod. allegat. 7. num. 12. in fine*, & tenebitur Tertius non vti successor, sed vti possessor, vt dixit *Bart. in l. si tertius, §. si quis prius num. 3. ff. de aquapluu. arcend. Viu. decis. 285. n. 8.* & refert etiam *Reg. Capyc. Latro Marchio Torelli in consult. 2. num. 17.*

Vndè cùm præferatur alijs creditoribus, etiàm cum assensu, videtur ante omnia paragium tamquam onus esse deducendum, in liquidatione legitimæ primogeniti.

Sed ex alio dicebam: Paragium hoc, ante omnia, & tamquam æs alienum esse deducendum in computatione legitimæ primogeniti; Quoniā cū simus in feudis iuris frācorū, & sic indiuiduis, In quibus solus primogenitus succedit, & cōsequētèr eius le-
11 gitima sit tertia totius feudi, cū totū feudū ab intestato ad ipsū primogenitū pertineat, iuxtà opinionē *Camer.* nō potest vllo modo haberi respectus ad filiam, siuè sororem secundogenitam, quæ à successione propter paragium est exclusa, & ideò non admittitur,

ctitur, nec facit partem in liquidatione legitimæ primogeniti: ergò debet ante omnia deduci paragium sorori debitum tamquam æs alienum; nàm alias si haberetur consideratio ad illam, non deducendo paragium tamquam æs alienum; legitima primogeniti, non esset tertia totius feudi, sed sextans, cùm hoc casu totum feudum non pertineret ad ipsum solùm ab intestato, sed etiam ad sororem: Quod quidem Iure Regni, nullo modo potest procedere; Cùm in feudis iuris francorum solus primogenitus exclusis penitùs alijs succedat, & proptereà eius legitima est tertia totius, Necessariò igitur non potest haberi ratio de filia, quæ propter paragium non succedit, & consequenter debet illud deduci, ad finem vt illa non admictatur, nec faciat partem in calculatione legitimę, ità in terminis statuti exclusiui fęminarum propter dotem, docuit in puncto *Bald. videndus in d. l. Papinianus*, §. *vndè si quis*, *ff. de inoffic. testam.* vbi ait quod
12 dos filię, siuè sororis exclusæ detrahitur tamquā æs alienum, & de residuo filius, siuè frater habebit tertiam partem pro sua legitima, aliàs si dos non detraheretur, eius legitima esset sextans, quod esse non posset, dùm ratione statuti illam excludentis, filia admicti nō valeat, sequitur idē *Angel.* clariùs explicans, ea ratione, quia stante statuto prædicto, filius ab intestato in totum succederet excepta dote, & ideò habet tertiam, aliàs si dos non exciperetur filia admicteretur, & legitima esset sextans non tertia.

Hoc etiam in nostris terminis inducit *Afflict. in d. Constit. In aliquibus num.* 42. vbi fatetur; quod istud onus dotandi sororem de paragio, quod habet frater quando solus succedit,
13 non censetur successio filię, sed onus hæreditarium iniunctum filio per *Constitutionem Regni*, tamquam æs alienum, *arg. l. quoties, C. de hæred. instit. & l quoties*, §. *hæredes ff. eod.* quod dicit esse de mente *Castrens. in auth. nouissima, C. de inoffic. testam.* sequitur *Petr. de Gregor. de parag. d. quæst.* 3. *n.* 4. allegans *Modern. in tractat. quod stantibus mascul. famin. non succed. q.* 111. Quasi dicat *Afflict.* cum fæmina, vel secundogenita non succedat in feudis iuris francorum, sed debeat dotari de paragio: illud paragium non erit successio filiæ, quia non est hæres in paragio, nec posset succedere, sed est onus hæreditarium filio primogenito iniunctum per *d. Constitutionem*, tamquam æs alienum, ideò in calculo legitimæ est deducendum, nàm alias vt diximus, legitima primogeniti non esset tertia, sed sextans admissa filia ad successionē, ad quod optimè faciunt etiam dicta per *Camerar. in d. cap. Imperialem d. car.* 104. & 105. *vbi lit. C. in fine* mouet hanc quæstionem in puncto, sed non resoluit; at illam decidit licet pertransendo (si benè considerētur eius verba) in *fol.* 102. *lit. B. versic. item vita, & militia*, vbi ad ostendendum, quod legitima primogeniti non sit totum feudum dicit: quod à legitima omne onus reijcitur, iuxtà *l. quoniam in prioribus*, *C. de inoffic. testam.* at si totum feudum esset legitima, omne onus reijceretur à feudo, quod non est verum, nàm à feudo non reijciuntur onera feudi, etiam contra primogenitum; Item non reijcitur vita, & militia, item & paragium per *Constitut. In aliquibus*. Ergò dùm paragium non reijcitur, debet prius deduci, & deindè liquidari legitima: & ità conclusum fuit.

SVMMARIVM.

1 *Metu pœnæ non potest adstringi puella ad nubendum certæ, & determinatæ personæ.*

. . Restringitur enim libertas matrimonij, quæ intacta esse conuenit.

2 *Mulier iussa contrahere cum certo genere*

nere personarum satis prohibita censetur contrahere cum alijs.

3 *Conditio vt tali nubat reijcitur à legato, tamquam matrimonialis libertatis restrictiua.*

4 *Conditio nubendi arbitratu, vel consensu alicuius improbatur.*

5 *Spè lucri benè potest allici puella ad nubendum alicui.*

6 *Damnum pati dicitur quando minuitur patrimonium, & priuatur quis aliqua re iam quæsita.*

.. Sin autem non fuerit purè quæsita, nec aliquod ius formatum habuit, non dicitur pœnam pati, sed priuari lucro.

7 *Relictum alicui sub conditione si alteri nubat, & sub contraria conditione ademptum, valet ademptio.*

.. Non enim dicitur tùnc metu pœnę compelli, sed spe lucri inuitari ad nuptias.

8 *Legatum modale statim quæritur, ideò priuatio dicitur pœna.*

.. Quod non procedit quando priuatio inducitur ab ipsomet, qui lucrum illud sub conditione, vel modo reliquit.

.. Quia non dicitur tùnc ius purè radicatum in persona legatariæ, ideò non potest dici propriè pœna.

9 *Filius pœnam pati dicitur, qui in casu inobseruantiæ priuatur legitima.*

.. Cùm in ea nèc conditio, nèc onus imponi possit.

.. Quod etiam procedit in eo, quod pater vltrà legitimam portionem legauit.

.. Quia libertas matrimonij restringi non debet.

10 *Lucro priuari dicitur, qui priuatur hæreditate.*

.. Etiam quasi debita, & iudicatur sicut de eo qui lucratur.

.. At contrarium tenuerunt alij pręcipuè in bonis feudalibus.

11 *Filius in feudalibus dicitur Dominus etiam in vita patris, ratione inuestituræ, per quam specialitèr vocatur.*

12 *Filius spe lucri inuitatus ad adoptandum in casu obseruantiæ damnum pati dicitur: quia successio iure sibi quasi debita censetur.*

13 *Filia non potest à patre successione priuari si cum alio, quam ab eo nominatis nuptias contraxerit.*

14 *Metu pœnę contraxisse dicitur puella ne maximum lucrum amitteret.*

15 *Spe lucri potest puella inuitari ad nuptias, si tamen dignè, & honestè, illi nubere poterit.*

.. Secùs tamen si indignè.

16 *Dignitas autem in matrimonio nedùm consideratur respectu nobilitatis, sed etiam respectu ætatis, sanitatis, & pulchritudinis.*

17 *Voluntati Testatoris omninò standum est, etiam, quod dispositio inualidetur.*

18 *Clericus quis præsumitur ex habitu, & incessu.*

19 *Animus magis factis declaratur, quã verbis.*

20 *Monachus non præsumitur habitum mutare velle, sed in ea vocatione persistere, etiam intrà annum probationis.*

21 *Conditio ratione incertitudinis magis vitiatur.*

22 *Puella, vt in culpa constitueretur debebat certiorari à vocatis se ipsos esse paratos nuptias cum ea contrahere.*

23 *Minor, & pupillus ignorare præsumuntur.*

24 *Minor saltem ope restitutionis debet iuuari aduersus conditionem non impletam.*

.. Etiam quod conditio ampliùs impleri non possit, quo casu restituetur ad pœnam, vt illam soluere non teneatur.

25 *Dolus, & culpa excluditur nedùm ex minori ætate, sed etiam ex consensu, & authoritate matris.*

26 *Mater eandem penè in sponsalibus authoritatem habet, quam pater.*

.. Cuius consensum saltem de honestate sequi debet filia.

27 *Puella quæ de consensu matris nupsit etiam reluctantibus contutoribus nõ*

incidit in pœnam exhæredationis.

28 *Puella pótius propter cultum reuerentiæ Superiori debitum, quam propter contemptum Testatoris, maritum sibi elegisse præsumitur.*

29 *Hæres hæredis non dicitur Testatoris hæres in odiosis.*

30 *Proximiores de familia vocati, intelliguntur de familia effectiua testatoris.*

.. *Præcipuè si fuissent vocati proximiores ipsius testatoris.*

ARGVMENTVM.

Puella, licet metu pœnæ ad nubendum alicui adstringi nequeat, spe tamen lucri ad nuptias inuitari poterit, si tamen dignè, & honestè illi nubere valeat, aliàs non priuabitur relicto.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXVII.



1 Qvamuis metu pœnę nullatenùs adstringi possit puella ad nubendum certæ, & determinatæ personæ, ex dispositione *tex. in cap. Gemma de sponsalibus*, ex ea enim matrimonij facultatem, quæ libera, omnibusq; vinculis absoluta esse conuenit, restringi constat contra *tex. in l. cum ità legatum*, *& l. hoc modo, ff. de condit. & demonst. l. 2. C. de inutilib. stipulat. & in l. Titia in princ.* vbi omnes, *ff. de verb. obligat.* conueniunt optimè, quæ ad hoc tradiderunt *Io. Andr. Butr. Abb. Felin.* & alij *in cap. 1. de sponsalibus*, idem *Io. Andr. & Dominic. à S. Gemin. in cap. statutum de hæret. in 6.* cæteriq; *Canonistę in c. fin. de secund. nupt. Dec. in consil. 231. per tot. & in l. nuptias nu. 7. & seq. de regul. iur.* optimè *Gulielm. de Bened. in cap. Rainutius in verb. cuidam Petro tradiderunt sub num. 3. de testam.* latè *Plotus in consil. 16 & consil. 87. num. 11. & 12. cum seq. inter consilia matrimonialia diuersorum*. Mulier. n. iussa contrahere, cùm certo genere personarum, satis prohibita censetur

2 contrahere cum alijs *d. l. cum ità legatum cum concordantib.* & refert *Soccin. iun. in l. stipulatio hoc modo concepta sub num. 28. ff. de verb. obligat.* Ideoq; huiusmodi conditio tamquam ma-

3 trimonialis libertatis restrictiua à legato veniat reijciẽda, nèc pœna solui debeat, *l. quoties 21. & l. cum tale 71. §. mæuia, ff. de cond. & dem. Couarr. lib. 1. var. cap. 19. nu. 10. Riminald. consil. 215. nu. 172. lib. 2. Card. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 11. tit. 19. num. 1.* & latè *P. Thom. Sanchez lib. 1. de matrim. disput. 34. num. 4.*

Et hac eadẽ ratione reijciatur etiã illa conditio matrimonij contrahendi arbitratu, vel consensu alterius,

4 tamquam nuptiarum aliquo modo restrictiua, vt per *Doct. in d. l. cum tale, 71. §. rescriptum, aliàs si arbitratu per illum textum, ff. de condit. & demonstr.* vbi latissimè *Acosta nu. 7.* post *Molin. de primogenijs lib. 2. cap. 13. num. 35.* latè *P. Sanchez lib. 1. de matrim. d. disput. 34. num. 14 Guttier. de matrim. cap. 21. n. 17. & seq.* & nouissimè *P. Tancred de matrim. lib. 1. disput. 34. num. 7.*

Attamẽ spe lucri, posse allici puellam ad matrimonium cum aliquo cõ-

5 trahendum, cõcludere videntur *DD. ad text.* vbi clarè deciditur *in l. Titio centum il primo*, vbi *Bart.* & alij, *ff. de condit. & demonstr.* & faciunt notata in *d. cap. Gemma*, vbi latè *Couarr. n. 6. & seq.* & latè idem *P. Tancred. d. lib. 1. disput. 33.*

Sed dubium est: quando dicatur quis spe lucri ad nuptias inuitari, vel metu pœnæ ad illas compelli? Et in hac quęstione docent magis communitèr

nitèr *Doctores*, tùnc dici pœnam, &
6 damnum pati, quando minuitur patrimonium, & priuatur quis aliquare iàm purè acquisita, in qua aliquod ius plenè radicatum habeat, vt dicit *Gloss notab. in l. 1. §. si quis propter, vers. per in integrũ in fin. ff. de itiner. actuq; priuat.* dicunt communem *Ias.* & alij relati per *Couarr.* in nostris terminis *in 2. par. decret. cap. 3. §. 3. num. 7. vers. sed cum hæc priuatio*, & facit etiam *Gloss. in l. si duo, ff. de acquir. hæredit.* Si autem quis priuatur re, quam nondùm purè acquisiuit, neq; in ea ius aliquod formatum habuit: nō dicitur pœnam pati, sed priuari lucro, *ad tex. in l. damno, ff. de damn. infecto*: Et hoc casu benè procedit grauamen, & priuatio per Testatorem inducta si filia cum tali contrahere nolit, quia non dicitur propriè pœna, sed quædam lex, seù conditio rei, quę permissa est, *l. ob res, §. 1. ff. de pactis dotal. l. 1. ff. sol. matrim.* & tradunt omnes *in d. l. Titio centum, & in d. cap. Gemma, Couarr. d. §. 3. num. 8. Surd. in consil. 215. num. 21. & 22. versic. addo*; & optimè omninò videndus, *Oldrad. in consil. 16. num. 1.* vbi asserit, quod si legetur alicui sub conditione si alteri nubat, & si non
7 nubat, illum relicto priuet; valet adēptio, etiã quod videatur libertas matrimonij aliquo modo restringi, *ad text. in l. vnica, C. de his quę pœnę nom.* Quoniam in rei veritate non dicitur pœna, ex quo non priuatur quis iure quæsito, nec proprium aliquod ab eo abest, vel absuturum est, quo casu pœna non est, *d. l. damnum, ff. de damn. infect.* & eum sequuntur *Aretin. in d. l. Titia num. 4. ff. de verb. oblig. Lopez in cap. per vestras*, §. 21. *num. 3.* & cæteri relati per *Turrett. in consil. 67. nu. 1. & seq. lib. 2. Molin. vbi sup. Tell. Fernand. in l. 30. Tauri num. 9. Mierez de maiorat. quæst. 50. Pat. Molin. Iesuit. disput. 207. Guttier. in consil. 18. & de matrim. cap. 20. nu. 5. & cap. 21. & seq. Pat. Sanchez lib. 1. disput. 33. num. 7. & P. Tancred. d. lib. 1. disput. 33. num. 3.*

Et hac ratione, dixerunt istud procedere, etiam si per viam modi, non autem conditionis fuerit legatum cum hoc onere nubendi relictũ: nàm
8 licet quando legatum relinquitur per viam modi, statim quæratur, adeò, vt ex eo, priuatio dici possit pœna, ex quo videtur auferre ius iàm quæsitũ. Nihilominùs non procedit quando priuatio inducitur ab ipsomet, qui lucrum illud non absolutè, sed sub illa conditione, vel modo concessit, & reliquit, eo enim casu non dicitur acquisiuisse simplicitèr, & purè, sed cum illo pacto, vel modo apposito, quo non impleto non potest dici, re iàm acquisita, sed lucro, & re acquirenda priuari, ità tenent *Aretin. in l. si stipulatus fuero te sibi, §. si tibi nupsero, ff. de verb. obligat. & Oldrad. in d. consil. 16. num. 1. in fine*, vbi nil referre asserit, vtrum à principio sub huiusmodi conditione relinquatur, an verò purè relictum sub cōditione tali adimatur, *ad text. in l. si legatum purè, ff. de adim. legat. Couarr.* expressè *in d. §. 3. nu. 8. Lopez in d. cap. per vestras in 3. not. §. 22. nu. 3. Molin. d. cap. 13. de primogen. nu. 4. Franc. Molin. de ritu nupt. lib. 3. quæst. 29. nu. 26. cum seq. P. Sanchez d. disput. 33. num. 8. P. Tancred. d. disput. 3. nu. 3.* & latè *Guttier. d. consil. 18. n. 3. & 5. & de matrim. d. cap. 20. num. 4. & seq.* Quia ius non dicitur purè radicatum in persona legatarię, & consequentèr non potest dici propriè pœna; nisi in priuatione hæreditatis purè acquisita, iuxtà *Glos. in d. § si quis propter, & in d. l. si duo, ff. de acquir. hæred.* vndè dixit *Mierez de Maior. par. 2. quæst. 1. num. 7.* priuationem lucri etiam acquisiti inductam per illummet, qui lucrum dedit, non posse propriè dici pœnam, refert, & sequitur optimè *Guttier. in dicto consil. 18.*

Cùm de his igitur ageretur inter D. Isabellam Iesualdam Principissam Venusij, & alios de familia, & Patres Societatis Iesu Ciuitatis Neapolis dice-

dicebant præfati de familia, ac Patris Societatis, deberi eis legatum duc. 300. mil. ipsis nimirùm de familia, & duc. 200. mil. ipsis Patribus.

Instituerat enim D. Carolus Iesualdus Venusinus Princeps, prædictam D. Isabellam ex filio promortuo neptem vniuersalem hæredem cum cõditione, quod nuberet vni ex filijs D. Cæsaris de Iesualdo salua gradus prærogatiua, & in eorum defectũ, vni ex filijs nascituris Cæsaris Iesualdi, & in eorum etiam defectũ, proximiori de familia; & in casu inobseruantiæ eam grauauit, vt solueret duc. 300. mil. illi de Iesualdo, cui ipsa nubere ex testatoris præcepto debuisset.

Aderat etiam alia dispositio quod. Principis D. Fabritij patris D. Caroli, qui similem conditionem eius neptibus, ac pronepribus imposuerat nubendi vni de familia de Iesualdo de proximioribus ipsius testatoris, & eius descendentium, saluo semper Apostolicæ Sedis beneplacito, & cõsensu, & in casu inobedientiæ legauit duc. 200. mil. Patribus Societatis.

Nupsit deindè D. Isabella Excellentiss. D. Nicolao Ludouisio Sãctiss. Papæ Gregorij XV. ex fratre nepoti, deindè Plumbini Principi, consensu etiam, & authoritate D. Polisenæ Fristimbergh matris baliæ, & tutricis, nec non voluntate etiam, & consensu Suæ Catholicæ Maiestatis, quæ plures adhoc specialitèr regales dedit litteras.

Ob defectũ igitur conditionis huiusmodi, prætẽdebatur ex aduerso legata prædicta omni iure ipsis de familia, & Patribus Societatis deberi.

At pro parte D. Isabellæ, quã tuebar, ad nihilum teneri dicebã ex multis.

Certum enim erat ex eisdem principijs supra deductis, nullo modo potuisse Principẽ patrem, metu pœnæ illam ad matrimonium adstringere, cùm pœna dicatur, nedùm, quan-
9 do filius in casu inobseruantiæ priuatur legitima, in qua nullum cadit dubium, cùm debeatur de iure filio, nec in ea conditio aliqua, vel onus imponi possit, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. cum concordant.* Sed etiam in eo, quod pater vltrà legitimam portionem de iure sibi competentem, legauerit, vt contra *Lopez in d. cap. per vestras in 5. notab. §. 21. nu. 5. fol. mihi 291.* tenet expresè subtilissimus *Acosta in d. §. si arbitratu in vlt. ampliat. num. 12. & P. Sanchez vbi sup. num. 21.* ea quidem ratione, vt arbitror, quia libertas matrimonij restringi non debet, *ex d. l. cum tale 71. § si arbitratu, ff. de condit. & demonstr.* ibi: *Eamq; legis sententiam videri, ne quod omninò nuptijs impedimentum inferatur;* nec *Papinianus*, ibi distinguere videtur, nùm in legitima, vel in alia portione vltrà legitimam, onus impositum fuerit.

Neq; huic determinationi quicquã obstare dicebam: quod possit spè lucri allici ad matrimonium contrahẽ-
10 dum, & priuari hæreditate, lucrum amicti dicatur, non damnum pati, ex *textu in l. si quis testam. 11. ff. de condit. institut.* sumendo augumentum à cõtrario, vt voluit *Gloss. notab. in l. si emãcipata, C. de iuris, & fact. ignor.* & ibi notat *Bald.* dicens, quod quando quis habet illud, quod est quasi debitum, dicitur lucrari, & iudicatur sicut de eo qui lucratur, quod dicit esse notandum, & aduertit *Ias. ibidẽ col. 1. in fine, versic. circa secundam partem, & Felin. in cap. 1. col. 10. de rescriptis,* meminit etiam *Soccin. in consil. 1. in fin. & Lopez vbi sup. d. §. 21. num. 5. Couar. d. §. 3. num. 7. & Cardin. Mantic.* qui plures refert *d. tit. 18. num. 12. Molin. d. cap. 13. num. 4. P. Sanchez d. disput. 33. num 10. & Guttier. d. cap. 20. num. 8.*

Quoniam nonnulli non aspernendæ authoritatis contrarium existimãt eo quia filio, successio paterna iure quasi debita dicatur, *l. si quis legatum, §. vlt. ff. de falsis, & l. vlt. C. de Codicillis,* præcipuè in bonis feudalibus ratione inuestituræ per quam specia-
11 litèr vocatur, & dicitur dominus, etiã

in vi-

in vita patris : Ideò illius priuatio damnum pati iudicatur, non lucrum amictere: quod in specie nostra tradit *Bartolus* magistralitèr *in d.l.si quis testamento* 1.*ff.de condit. instit.* vbi in specie asserit, quod licet quis spe
12 lucri possit inuitari ad adoptandum, *ex d.l.Titio centum*,§.1.*de cond.& dem.* non tamen procedit in filio, quia si conditionem non impleuerit, non dicitur amictere lucrum, sed damnũ pati, ex quo patris successio iure sibi quasi debita censetur, ad quod multa etiam congerit iuxtà morem *Tiraquell.in l.si vnquam in præfat.nu.*19. *C.de reuoc.donat.* & conferunt etiam notata per *Gloss.in d.l.si quis testamento in verb.hæres in fine*; & ideò dixe-
13 runt *Doctores* non posse patrem successione filiã priuare, si cum alio quã ab eo nominatis nuptias contraxerit, vt expresè tradidit *Aretin.in d.l. Titio centum in princ.col.*4. *versic.ex qua videtur de verb.obligat. Ruin.ibidem num.*3. *Crot.consil.*275. *num.*13.*lib.*2. *Cephal in consil.*319.*nu.*29.*lib.*3. & in terminis hoc vtitur augumento, *Menoch.videndus in consil.*425.*nu.*3.*&* 4. alios quamplures ad hoc allegans, quicquid in contrarium dixerit *Turrett.d.consil.*67.*n.*107.*lib.*2.

Porrò, quatenùs citrà veri præiudiciũ dici posset, hoc casu esse poriùs damnũ pati, quam lucrum amictere, adhùc idem esse concludendum dicebam, vbi de maximo,& lõgè exor-
14 bitanti lucro ageretur; quia adhùc metu contrahere puella diceretur, nè tàm grande lucrum amitteret, vt in specie docuit *Ias.in d.l.Titia in princ. num.* 9. *versic.secundò notabilitèr de verb.obligat.* ex sententia *Cyni in l.interpositas,C.de transact.& Anchar.in cap.*1.*ad finem,quod met.causa*,& idem *Menoch d.consil.*425.*nu.*7. Quod quidem satis optimè adaptabatur ad casum nostrũ,vbi tàm immensa,&exorbitantia legata duc. 300. mil.& duc. 200. mil. in casu inobseruantiæ ab hærede alijs tradenda relinquebãtur.

Præterea, hæc omnia superiùs ex aduerso tradita, rectè,salua tamen veritate, procedere potuissent; vbicũq; Principissa D.Isabella diguè, & honestè nubere in familia secundum
15 testatoris præceptum potuisset; alioquin si minùs dignè,reijciendum fore testatoris præceptũ dicebã *ex text.* ad litteram *in d.l.cum ità legatum* 62. *versic.videamus*, *ff. de condit.& dem.* vbi *videamus*,inquit *Caius*,*& si ità legatum sit si Titio nupserit:Et quidem si honestè Titio possit nubere,dubium nõ erit , quin nisi paruerit conditioni, excludatur à legato; Si verò indignus sit nuptijs eius iste Titius , dicendum est, posse eam beneficio legis cuilibet nubere: quæ enim Titio nubere iubetur, cæteris omnibus nubere prohibetur. Itaq; si Titius indignus sit, tale est, quale si generalitèr scriptũ esset si non nupserit: Imò (si verùm amamus) durior hæc conditio est,quam illa si non nupserit:nàm & cæteris omnibus nubere prohibetur, & Titio, cui inhonestè nuptura sit, nubere iubetur*, per quem *text.* ità dixerunt ibidem *Castr.*& alij,*Bart.in l.edicimus in fin.C.de murileg.lib.*11. *Calcan.cons.*3.*nu.*19.*Riminald.d.consil.*215.*nu.*183. *& seq.Plotus in d.consil.*87.*num.*10.cæterisq; quos ad hoc refert *P.Sanchez d.disput.* 33. *num.*11. *Fontanell. de pact. dot.claus.*6.*glos.*3.*par.*4.*num.*13. *cum seqq.& P.Tancred de matrim.d.disput.* 33.*num.*4.

Dignitatem autem in casu contingenti,circumscripta nobilitate , con-
16 siderant Doctores etiã respectu ætatis,sanitatis,& pulchritudinis, vt post alios tradit *Paris.consil.*27. *num.*22.*&* 24.*lib.*3. *Crauett.consil.*796.*num.*7. *& Menoch.*in terminis,qui alios etiam reportat *in d.consil.*425.*nu.*10.*& seq.* quæ quidem qualitates omninò deficiebãt in casu contingẽti;quia illi de familia de Iesualdo , qui idonei ad nuptias , eo tempore videbantur , & per Principem D. Carolum fuerant expresè vocati,istis qualitatibus omninò carebant.

Ex

Ex filijs enim Cęsaris Iesualdi nulli pęnitùs aderant,cùm filios nō procreauerit, ex D. Cæsare verò aderat tantùm D. Hieronymus,qui vt omnibus notū est, corpore satis læsus existebat,ità quod honestè, & dignè cōsideratis his, quæ superiùs de sanitate,& pulchritudine,*ex Par.sio,& Menochio* retulimus, Principissa D. Isabella nuptias cùm eo contrahere non valuisset:præterquam quod hic casus expresè fuerat à Principe testatore consideratus,præcipiendo nuptias cū illis de familia,nisi talis fuerit corpore,vel mēte minùs idoneus,vndè hoc casu, cessare videbatur omnis dubie-
17 tatis scrupulus,stāte voluntate testatoris,cui omninò standum erat,etiam quod dispositio inualidaretur, vt ex pluribus probat *Cardin. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 3. nu. 3. & seq.*

Remanebant solumodò filij D. Fabij sub nomine proximiorum de familia vocati, D. Franciscus scilicet,& D. Antonius, ac etiam D. Aloysius, Cæsaris frater: Quorum D. Franciscus,paulò antè cùm altera de eadem familia matrimonio se copulauerat, ideò de illo ampliùs consideratio haberi non poterat.

D. Antonius autē strumarum etiā morbo laborans, & D. Aloysius iàm ætate prouecta, ac satis dispari, clericali habitu incedentes, cælibatui se addixerant, talis enim quis præsumitur, qualem habitus eum indicat,dixit *Bal. in l. moueor, C. si seru. exportand.*
18 *ven.* & ex habitu, & incessu clericali præsumitur quis clericus, idem *Bald. in l. cum ignorat nu. 4. C. qui accusar. non poss. & Alciat. præsumpt. 4. in fine*,quod in dubium reuocari nequibat, dùm D. Aloysius beneficia etiam vti clericus iàm obtinebat. Ideoq; cùm vitæ clericali addicti viderentur, & illam viam Deo seruiendi ele-
19 gisse, cùm animus ex factis clariùs declaretur quàm verbis, *cap. dilecti il 2. de appellat.* & ibi *Decius in 2. notab.* iustè potuit Principissa D. Isabella, omnibus alijs deficientibus,alterì dignè nubere,istis nō consideratis; Nō enim cogitare poterat, nec debebat, illos hanc voluntatem mutare voluisse,cùm minimè pręsumendum sit,qui semel vnius fuit sententiæ, in eadem nolle persistere, *l. eum qui, ff. de probat. & l. cum hic status, §. pænitentiam, ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi in dubio ait *Vlpian.* nos esse debere promptiores ad priorem dispositionem confirmandam,quod etiam probat *text. in l. Lucius il 1. ff. de legat. 2. & in cap. 1. vbi Gloss. in verb. nō temerè, quod met. causa.*

Hinc in specie dixerunt DD. Monachum non præsumi velle mutare habitum, sed potiùs in eadem voca-
20 tione perpetuò permanere per *tex. in cap. non solùm de regular. in 6. vbi Archidiac. Io. Andr. Anchar. & cæteri*, etiā in anno probationis,vt post alios tradit *Menòch. lib. 6. præsumpt. 37. n. 6.*

Ideò non videbatur honestum,nec tali personæ congruum;præfatos clericali habitu incedentes requirere, an secum nuptias vellent cōtrahere,
21 præcipuè ratione incertitudinis, ob quam magis vitiatur conditio, vt ex multis tenet *Crauett. in consil. 1. post num. 5. versic. sed dicet aliquis:* & consequētèr debebant ipsi se paratos of-
22 ferre, vt Principissam in culpa constituerēt, eamdemq; de testatoris voluntate certiorem reddere: iudicialitèr eidem, Principis Aui dispositionem, vt de iure requirebatur ostendendo, vt eam in culpa, & dolo, si adesse poterat,inducerent,vt ex multis comprobat in primis *Plotus in d. d. consil. 15. num. 4. cum seq.* & optimè *Fontanel. vbi sup. nu. 41.* Præcipuè cùm
23 ætate minor, hæc omnia ignorare præsumeretur, *l. eius qui in fin. ff. si cert. pet.* & notatur *in l. qui Romæ, §. duo fratres de verb. oblig. Crauett.* post alios *in consil. 293. nu. 6. & Menoch.* optimè *in d. consil. 425. n. 15. cum seq.* eratq; etiā vti pupilla sub baliatu, & tutela matris:quę etiā ignorare pręsumebatur, vt tradit *Curt. iun. in consil. 8. nu. 4. & 5.*

Propte-

Propterea cessante dolo, & culpa, saltim ope restitutionis in integrum
24 iuuari debebat aduersus conditionẽ non impletam, vt dicunt *Doctores* per illum *text. in l. 3. §. & si hæres institutus, ff. de muner.* & ità in terminis respondet *Franc. Aret. in consil. 67. nu. 8. & 9.* quem sequuti sunt *Ruin. in cons. 37. num. 8. lib. 3. & Crauett. cons. 204. nu. 13.* etiam quod conditio ampliùs impleri non posset, esset enim hoc impossibile, sed restituetur ad pœnam, vt illam soluere minimè teneatur, vt post allegatos tenuit etiam *Menoch. d. consil. 425. nu. 18.* & respondit in specie doctissimus *Præsid. Morotius cons. 97. n. 26. & seq. & Plot. d. consil. 15. n. 4.*
25 Dolus autem, & culpa in casu cõtingenti, nedùm excludebatur ex minori ætate; sed etiam ex consensu, & authoritate interposita Matris tutricis, quæ eamdem penè in sponsa-
26 libus authoritatem, quam pater habere dicitur, vt voluit *Anchar. post Io. Andr. in cap. 1. de sponsal. impuber. & ibidem Franc. num. 5. & 6.* cuius consensum saltim de honestate sequi tenebatur, vt voluit *Diuus Thom. par. 3. quæst. 69. alias 48. art. 2. & glos. fin.* vbi etiam *Panorm. in d. cap. 1. de sponsal. impub.* Ideoq; potuit, ac debuit credere matri: & eius consilio, bona fide, absq; eo quod putaret se Principis aui voluntati contrauenire, nuptias contrahere, *arg. l. qui natu maior §. fin. de bon. libert.* & in specie dolum excludi, si nupserit ex consilio matris, tradit *Aretin. d. consil. 67. col. 6. versic. primò quia:* & pulchrè *Bald. in consil. 358. col. 1. lib. 1.* & benè addit *Ripol. var. resol. cap. 8. num. 174. & seq.* quod puel-
27 la, quæ de matris consensu nupserat, licet reluctantibus curatoribus, non incidit in pœnam exhæredationis.

Item accessit etiam authoritas, & voluntas Suæ Catholicæ Maiestatis, quæ sæpiùs, vt diximus de hac te litteras, vel pręceptiuas dederat, ex quo omnis prorsus dolus, & culpa excludebatur, vt ait *Bald. in l. rescripta col. 2. C. de precib. imp. offer.* & ideò excusandam esse D. Isabellã, quæ magis pro-
28 pter cultum reuerẽtię, quam in odiũ, & contemptum testatoris, maritũ elegisse præsumebatur, vt dixit in specie *Bald. in d. consil. 358. lib. 1.* quem post alios ad hoc in terminis allegat idẽ *Præses Morotius d. consil. 97. nu. 27.*

Ex his excludebatur etiam prætensio Patrum Societatis Iesu ex legato quòd. Principis D. Fabritij proaui, imò multò minùs procedere dicebam, cum essemus in hærede hæredis, qui in odiosis non dicitur testa-
29 toris heres ex dictis per *Bal. in l. fin. C. de hæred. instit. & Phanuc. de lucro dotis q. 14. col. 1. in princ. in tract. to. 9.* vbi alios allegat; Ideò dixit *Bart. in cõs. 7.* quod si testator mandat hęredi, vt aliquod infrà certũ tempus faciat, alioquin eum priuet hæreditate, si primus hęres moriatur intrà illud tẽpus, eius hæres non parens conditioni, & præcepto testatoris, non priuabitur hæreditate, & sequũtur alij quos ad hoc congerit *Peregrin. de fideicom. artic. 31. num. 71.*

Præterea mãdauit Princeps, vt nuberent illis de familia de Iesualdo pximioribus ipsius testatoris, eiusq; descendẽtiũ, saluo semper Apostolicę Sedis beneplacito, & cõsensu: Ideoq; intellexit de pximioribus de familia effectiua ipsius Principis testatoris, qui nullatenùs extabãt. Prędicti enim de Iesualdo licet sint de nobilissima Iesualdorũ familia, nõ tñ sũt de familia effectiua Principis testatoris, neq; ab illo descẽdũt; sed de familia potiùs contentiua: ergò D. Isabella non erat in culpa, *arg. tex. cum Glos. & ibi etiam Bart. in l. cum intestato, ff. de auro, & argent. legat. & in l. ex facto in princ. vbi Bart. & Imol. ff. ad trebell.* & in terminis tenet *Soccin. inter consilia Curtij senioris consil. 40. à num. 13. vers. & imprimis, & num. seq.* omninò videndus quem post alios sequutus fuit, *Menoch. consil. 30. num. 13. & d. consil. 425. num. 11. versic. non obstat.*

Quod

Quod autem intellexerit de propria familia effectiua ipsius testatoris satis colligebatur, ex illis verbis ibi; *Delli più prossimi à me*; vt in puncto cōsiderat de *Ponte in consil.154.num.74. vol.2.* vbi alios refert, & faciunt adducta per *Fusar.quaest.351.num.12.*

Præcipuè cùm intellexerit de proximioribus in quibus necessarium esset Sedis Apostolicę beneplacitum, & sic infrà quartum gradum de Iure Canonico, cùm vltra illum nulla requiratur dispensatio, *cap.non debet;de consang.*& tradit latè P.*Sanchez lib.7. de matrim.disp.53.*ideoq; cùm præfati de Iesualdo, nullo gradu consanguinitatis, & agnationis coniungerentur cum testatore,neq; cum Principissa D.Isabella, non poterant sub legato comprehendi, & ex his absq; aliquo incursionis pœnę periculo potuisse Principissam D.Isabellā nuptias cùm Excellentiss. D. Nicolao Ludouisio contrahere dicebam.

Instituto hoc iudicio per Patres Societatis Iesu in Rota Romana fuit contra eos decisum, illi verò de Iesualdo omnia trāsegerunt, & his prętentionibus renunciauerunt per publicum instrumentum actum Romæ die 6. Decembris 1623. anno primo Pontificatus Papæ Vrbani VIII manu Dominici de Fonticchia de Canaria Cameræ Apostolicæ Notarij.

SVMMARIVM.

1 *Venditio annuorum introituum, siuè censuū antiquis temporibus sub diuersa forma fieri consueuerat.*

2 *Plus valet quod agitur, quam quod simulatè concipitur.*

3 *Venditio annuorum introituum potius quam venditio rei cum pacto de retrouendendo ex multis dignoscitur.*

4 *Pactum de retrouendendo est de forma substantiali contractus censualis.*

..Quod debet esse perpetuum.

5 *Pactum dicitur de forma quando conditionalitèr ponitur.*

6 *Pactum redimendi in contractu censuali, etiam si non fuerit appositum subintelligitur, aliàs nullus esset contractus.*

7 *Pactum redimendi adeò censetur esse de forma, vt dicatur inesse contractui censuali, etiam si in alio instrumento ex interuallo ponatur.*

..Quod procedit etiam in minore, qui poterit illud ex interuallo apponere,etiam sine decreto.

..Quia facit id,ad quod tenetur.

8 *Pactum de retrouendendo ad tempus stante læsione perpetuatur, præcipuè in contractu censuali.*

9 *Dispositio indefinita, absq; temporis præfinitione,perpetuò fieri posse intelligitur.*

10 *Pactum de retrouendendo intelligitur appositum in cōtractu censuali, absq; spè præscriptionis.*

11 *Restrictio qualibet pacti de retrouendendo secundum vnam opinionem vitiat contractum, secundum aliam verò vitiatur, & reijcitur.*

12 *Pactum redimendi temporale validè apponebatur ante Constitutionem Pij V.*

13 *Venditio census irredimibilis valida est, ergò etiam cum pacto redimendi temporale, sed contrarium ostenditur num.14.*

15 *Pactum redimēdi temporale validum erit, si à principio iustum interuenerit pretium,habito respectu ad ipsum pactum.*

..Secùs si iustum non interuenerit pretium à principio, nàm illa iniustitia pretij perpetuat pactum.

16 *Iustum pretium in venditione census iudicatur secundum Consuetudinem Regionis,loci, & temporis.*

17 *Pretium census ex more Prouinciarum statuitur, dummodò legem non offendat.*

18 *Census pretium non potest in Regno excedere decem pro centenario.*

19 *Census irredimibilis plus valet, quam census redimibilis.*

..Pactum enim redimendi, quod est

pars

pars pretij facit rem minùs valere.
..Vndè quantò minùs restringitur libertas redimendi, tanto plus æstimatur census.
..Quia magis accedit ad censum irredimibilem.

20 *Census irredimibilis, vel cum pacto redimendi temporale, si vendatur eodem pretio, quo communitèr vendi solet census perpetuo redimibilis, tùnc dicitur adesse iniustitia in pretio.*
..Qua stante pactum temporale perpetuatur, ad euitandam nullitatem contractus.

21 *Census perpetuo redimibilis taxatur in Regno vigore Bullæ Nicolai V. vt non possit excedere 10. pro centenario cum pacto tamen redimendi quandocumq;*

22 *Pactum redimendi attenta Bulla Nicolai debet esse perpetuum, aliàs si restringitur, pretium non erit iustum.*
..Ideò stante læsione pactum temporale perpetuatur.

23 *Pactum redimendi in contractu censuali procedit etiam contra singularem successorem.*

ARGVMENTVM.

Venditio rei cum pacto de retrouendendo quamuis temporale, cùm annua perceptione ad rationem 10. pro centum, cum locatione in beneficium eiusdem venditoris, præsumitur contractus annuorum introituum secundum formam antiquam; Hinc pactum de retrouendendo, quamuis temporale in huiusmodi contractu perpetuatur, cum sit de forma contractus censualis.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXVIII.

DVO fuere in S. C. disputata, in causa Beatricis de Iuliano, cum Duce Magdaloni cuius partes ego tuebar. Primùm nùm venditio cuiusdam Tabernæ cum pacto de retrouendēdo infrà bienniū facta in anno 1513. per quond. Comitem Magdaloni Io. Thomam Carrafam: quond. Io. Francisco Branciæ pro pretio duc. 450. cum promissione quod semper, & omni tempore prædicta Taberna esset redditus duc. 45. dici potuisset vera venditio Tabernę cum pacto de retrouendendo, an potiùs venditio annuorum introituum.

Alterum nùm admisso, fuisse venditionem annuorum introituum; pactum de retrouendendo in ea appositum infrà biennium; per lapsum tēporis dici potuisset extinctum, ità vt prædicti annui introitus duc. 45. essent effecti irredimibiles.

Er quoad primum; parum elaborandum dicebam; Contractus enim prædictus, licet prima facie videbatur esse venditionis Tabernæ ex verbis contractus, verè tamen fuit contractus vēditionis annuorum introituum ad rationem decem pro centenario: Ità enim ea tempestate forma venditionis introituum erat vsufrequens; vendebatur enim res ipsa
1 cum annua perceptione certa, & indubitata cum pacto de retrouendendo quamuis temporali; deindè emptor rem ipsam, venditori pro eadēmet annua pensione locabat: Ex qua contractandi forma, re vera numquā domi-

dominium rei venditæ, neq; possessio à venditore in emptorem transferebatur, sed semper penes venditorem remanebat, solo illo annuo redditu sub nomine pensionis in emptorem translato, vt notauit *Mattienz.lib.5. recopil.tit.15.leg.1.gloss.1.*& propterea licet ex verborum cortice videbatur esse venditio ipsius rei cum pacto de retrouendendo, ex intentione tamen contrahentium colligebatur re vera fuisse venditionem annuorum introituum cū pacto redimendi, plus enim
2 valet quod agitur, quam quod simulatè concipitur, *toto tit.plus valere quod agitur*; & ideò actus semper iudicatur à principali agentium intentione, *l.si quis nec causam in princ.* & ibi *Bald.ff.si cert.pet.l.qui exceptionem, ff.de cond.indeb.* & ab effectu non à nomine dignoscitur, *l.cum manusata, §.fin. ff.de contrab. empt. cum concord.* Intentio autem contrahentium in huiusmodi contractu satis dilucidè dignoscebatur fuisse vēdere, & emere non rem ipsam, sed illam annuam
3 perceptionem duc.45. cum pacto de retrouendendo pro pretio duc. 450. ad rationem decem pro centenario ex pluribus. Primò, ex pacto de retrouendendo. Secundò, ex possessione semper retenta per Comitem vēditorem prædictæ Tabernæ. Tertiò, ex promissione, quod semper esset redditus duc.45. Quartò, ex petitione emptoris in iudicio deducta in anno 1536. qui non egit ad restitutionem Tabernæ, sed ad pensionem ducat.45. pro affictu, Quintò, ex depositione eiusdem Io.Francisci Branciæ emptoris, qui apertè deposuit voluisse re vera emere annuos duc. 45. pro pretio duc.450. Et demùm ex sententia S. C. lata in anno 1539. qua fuit condemnatus Comes ad soluendum emptori siue eius cessionarijs annuos duc.45. pro pensione domus prædictę pro annis decursis, & deindè in anteà singulis annis in futurum decurrendis: Quę omnia apertè demonstrabāt verè fuisse venditionem annuorum introituum ad rationem decem pro centum sub illa forma, quę tùnc temporis erat in vsu, & ex prædictis doctissimè comprobat videndus *Dom. Præsid.de Francb.in decis.159. num.3. & 4.* & in terminis hanc fuisse illa tempestate formā venditionis annuorum censuum affirmat, & decisum refert *Consiliar.Gizzarel.in decis.3.nu.1. & 5.*& idem *in decis.70.in princ. ante num.1. versic. re vera fuit emptio, & nu.4.versic.ex aduerso, & nu.8. in fin.* & videtur etiam sensisse *Anna pater in allegat.83.ante num.4.*& conferunt tradita per *Camill.de Medicis in cons. 114. num. 15. & seq.* & nouissimè ità etiam iudicauimus in S. C. referente Regio Consiliario amœnissimo Io. Baptista Amendola meo Collega cū interuentu Domini Regentis Didaci Bernardi Zufiæ Collateralis Consiliarij Decani, & Officium Præsidis S.R.C.gerentis omni virtutum genere ornatissimi in causa Iosephi Borrelli cum hæredibus quond. Angelæ Zacchiæ sub die 18. Martij 1652. in Banca de Gaetano, ità vt de hoc ampliùs non videatur remanere dubitationi locus, dùm toties fuit per S.C.ità declaratum, & decisum.

Quoad Secundum: posito fuisse venditionem annuorum introituum,
4 prout verè fuit, videbatur pactum de retrouendendo fuisse perpetuatum, cùm sit de natura, quinimo de substantia, & forma contractus censualis, vt quandocumq; voluerit venditor, redimi, & extingui possit census: quod quidem (circumscripta *Constitut. Pij V.* quæ specialitèr hoc determinauit) fundatur etiam per *extrauagantes Martini V. & Calisti III.* vt habetur *in cap.1. & 2.de empt. & vendit.inter extrauagantes communes*, vbi in *d.cap.1.* asseritur, pactum de retrouendendo debere esse perpetuum, vt *in versic.& semper*, vt latè fundat, & explicat videndus *Virgin.Boccat.de censib.par.3. num.1. cum seqq.* Sed in hoc

hoc Regno satisfuperq; probatur ex *Bulla Nicolai V.* inter leges Regni relata per Regem Alphonsum, vt habetur *in Pragm. 1. de censib.* quæ hodie est in viridi obseruantia: Legitur enim ibidem ea conditione fuisse per Summum Pontificem concessam facultatem huiusmodi contractus inire, dummodò annuum censuale, decimam partem recepti pretij non excedat, instrumento gratię pro consimili pretio illud redimendi mediãte: quæ verba *Instrumento gratia mediante*, idem importare videntur, ac si dictum fuisset dummodò pactũ redimendi interueniat, vt explicat *Follerius in praxi censuali super d. Pragm. in verb. instrumento gratia num. 5.* vbi ex hoc asserit pactum de retrouendendo esse de forma substantia-
5 li, quia conditionaliter apponitur in prædicta *Nicolai V. Constitutione* per doctrinam *Bald. in auth. matri, & auię col. 1. versic quia tamen dicunt, C. quando mul. tut. offic. fung. pot.* & refert etiã *Virgin. Boccat. de cens. par. 2. 11. & 101.* & in terminis eiusdem *Pragmat.* latè comprobat *Petr. de Gregor. Siculus de*
6 *cens. quaest. 5. num. 39. & seq.* vbi fatetur adeò substantiale esse, & necessarium, vt etiam si non fuerit appositũ hoc pactum redimendi, subintelligi debeat, aliàs deficeret contractus tãquam vsurarius, & sequitur *Intrigliol. de censib. super d. Pragm. q. 94. n. 3. & 8.*

Vndè infertur hoc procedere nedùm in pacto de retrouendendo apposito in eodem instrumento, sed etiam si apponatur in alio, imò etiam
7 in apocha confecta extrà instrumentũ, quamuis ex interuallo fieret post instrumentum venditionis census, ità in terminis nostris docet idem *Foller. vbi sup. num. 44.* quia cum sit de substantia censetur inesse contractui per *text.* vbi omnes *in l. pacta conuenta, ff. de contrab. empt.* præcipuè in terminis nostræ *Pragmat.* per quam non alitèr contractus valet, nisi adiecto pacto redimendi: & ideò nè cõtractus corruat, necessariò dicendum illud inesse contractui, quamuis ex interuallo fiat, quod extendit *Bened. Bonius de censib. artic. 86. num. 6. tom. 6. tractat. par. 2.* etiam si post longum tempus, & multos annos apponatur, quem etiã sequitur *Cenc. de censib. quaest. 59 n. 11.* & idem *Foller. num. 60. versic. numquid hac*, illud ampliat etiam in minore, vt scilicet possit ex interuallo huiusmodi pactum de retrouendendo apponere sine decreto, non obstante *textu in l. si ad resoluendam, C. de prad. minor.* quia facit rem vtilem, & id ad quod tenetur *l. inter eos, §. cũ inter, ff. de fideiussoribus.*

Hoc firmato; dicebam non posse in dubium reuocari: quin pactum de retrouendendo in huiusmodi contractu appositum infrà biennium, deberet perpetuari, ità vt non obstante tẽpotis lapsu, licitũ fuerit Comiti vẽditori census eiusq; hæredibus, illud quandocũq; libuerit exercere, ac emptorem, eiusq; cessionarios fore ad retrouendendũ obligatos. Quoniã circumscripta opinione illa commu-
8 niori *DD.* calculo firmata, pactum scilicet de retrouendendo temporale stante læsione perpetuari, nedùm in annuis introitibus, sed in quauis venditione aliarum rerum, vt latè per *Tiraq.* post alios *de retract. conuention. §. 1. gloss. 2. num. 53. & Ann. filium in addit. ad patrem in d. allegat. 83. nu. 4.* vbi sic passim iudicari fatetur, & latissimè per *Duad. de cens. par. 2. §. 5: quaest. 3. num. 15. & Mantic. de tacit. & ambig. lib. 4. tit. 31. num. 40. & Ant. Fabr. in suo Cod. tit. de rescind. vendit. difinit. 5. num. 2.* Nihilominus in venditione annuorum introituum, nullum potest adesse dubium præcipuè attenta dispositione prædictæ *Bulla Nicolai V. & Pragmat. Regis Alphonsi*, cùm enim vt diximus hoc pactum sit de forma substantiali, ità vt illa deficiente vitietur actus, debet necessariò nè actus pereat, illud quandocũq; subintelligi.

Et licet in præfata *Bulla* non lega-
tur appositum verbum *quandocumq;*
sicut legitur *in Bulla Martini V. re-
gistrata in d.cap.1.de empt.& vendit.*
idem tamen est, quando indefinitè,
ac generalitèr, absq;temporis præfi-
nitione fuit appositum ex doctrina
Bart.in l.fine præfinitione, ff. de pœnis,
vbi docet quod quando quis dispo-
9 nit posse aliquid fieri, nec dicit ad
certum tempus, videtur velle,posse
id perpetuò fieri,& ad rem nostram,
ità affirmat *Franc.Pancald super Bulla
Nicolai nu. 10. impress. post Petr. de
Gregor. de censib.* & optimè *Campagn.
in cap.Regni 238.incip.Pro publici boni
compendio nu.36. versic.& primo.*

Quinimò hoc redimendi pactum,
censetur appositum, absq; vlla spe
præscribendi,nàm in terminis prædi-
ctæ *Bullæ* intelligitur illud absq; ali-
10 qua temporis præscriptione, quæ
pænitùs dicitur reiecta per illam, vt
aduertit idem *Petr.de Greg.d.quæst.5.
num.42. & seq. & Gaspar Riera super
eadem Pragm.num.1.& 2.impress.post
eundem Petr. de Gregor.* quod clariùs
deindè fuit explicatum, & determi-
natum per *Bullam Pij V.* non obstan-
te quauis longissima, & immemora-
bili præscriptione, etiam annorum
centum, vt habetur ibi *in versic. Po-
stremo census omnes.*

Hinc euenit quod quælibet restri-
ctio pacti de retrouendendo vitiet
contractum secundum vnam opinio-
11 nem, vel secundum aliã vitietur ad
euitandam nullitatem contractus, &
reijcitur illa pactio restrictiua, & re-
ducitur ad formam *Bullæ* nimirùm,
vt etiam elapso tempore duret redi-
mendi facultas,ità in terminis nostræ
quæstionis tenet *Couarr.lib.3.var.c.8.
num.7.&* 8.vbi sic semper iudicatum
in Granatensi prætorio affirmat at-
tentis *Constitut. Martini, & Calisti,*
sequitur optimè *Matthienz. d.lib. 5.
tit.15.leg.1.gloss.1.num.7.*& appositis-
simé refert *Auendan.de censib.cap.101.
num.4.*& vltrà alios inferius allegan-
dos *Mastrill.in addit.ad Petr.de Greg.
d.quæst.5. num.267. & seq.* vbi hanc
opinionem in praxi seruari affirmat,
licet primam opinionem annullan-
tem contractum, veriorem, attentis
prædictis *Constitutionibus* fateatur.

Propterea dicebamus hoc redi-
mendi pactum infrà biennium restri-
ctum; nõ fuisse lapsu temporis extin-
ctum,sed perpetuatum,adeò,vt facto
iàm ductum in anno 1583. deposito
per Ducem,pretij capitalis, licito iu-
re prætendi poterat, retrouenditio-
nem haberi pro facta, non obstante
cursu biennij ex prædictis.

Neq;obstabat vnica obiectio,quæ
per partem obiectabatur authoritate
*Rotæ Romanæ in vna Romana census
coram Iusto sub die 21. Octobris 1605.*
12 relata per *Cencium in decis.152.* vbi
habetur quod huiusmodi pactum de
retrouendẽdo temporale ante *Pij V.
Constitut.* licitè apponi poterat non
enim legebatur prohibitum *in Con-
stitut.Martini,& Calisti,* & proindè
cũ validus iudicaretur cõtractus vẽ-
ditionis census irredimilis à princi-
pio, multò magis validus erat iudi-
candus apposito pacto redimendi
13 temporale, ità vt post lapsum tem-
poris, irredimibilis remaneret cẽsus;
mouetur Rota authoritate *Soti de
Iust.& Iur. lib.6.quæst.5. artic.3. con-
cl.5.& Medin. de iustit.tit.de censu re-
dimib.cap.* 8. quibus addebam *Cenc.
de censf.quæst. .nu.26.& Lessium de
iust.& iur.lib.2.cap.21. dub.9.num.53.
& dubit.12.in princ.*

Quoniam his non obstantibus cõ-
trarium tenuerunt in terminis *Consti-
tut.Martini,& Calisti,* circumscripta
Bulla Pij V.Couarr.lib.1.var.cap.9.n.
14 & iterum *lib.3. cap.8. num. 7. & seq.
Boccat.d.tract.de censib.par.3.*qui om-
nibus contrarijs respondet, & opti-
mè comprobat *à num.8.cum seqq. &
idem par.2. num. 152.* vbi aliam Rotæ
decisionem *coram Seraphino* adducit,
sequitur optimè post alios *P. Molin.
disput.391. clausf.9.num.5.* post *Dam-*

nata

natæ memoriæ authorem, qui asserit huiusmodi censuum venditionem perpetuam habere causam redimibilitatis, sequitur *Frideric. Martinez insignis Doctor de iure cens. cap. 6. à num. 238. cum seqq. & Auendan. d. cap. 101. num. 54 & cap. 19. num. 10.*

Hi autem omnes ea vtuntur distinctione: quod si in venditione annuorum introituum cum pacto huiusmodi de retrouendẽdo infrà duos, vel tres annos interuenerit iustum

15 pretium à principio, habita consideratione ad pactum prædictum temporale, tùnc licitum erit pactum, & validus contractus; nõ enim per prędictas *Pontificias Constitutiones Martini, & Calisti* improbatur venditio census irredimibilis, vndè sicut valet illa, ità multò magis valere debet ista cum pacto redimendi temporale iusto tamen pretio interueniente, licet hoc neq; placeat *Auendan. d. c. 19. num. 11.* quia vt ipse asserit repugnat hæc pactio naturæ ipsius contractus, & ante eum constantèr etiam tenuit *Rodriq. de ann. reddit. lib. 2. quæst. 1. n. 14. versic. si verò, & nu. 16. & 18.* aut verò non interuenit iustum pretium, & eo casu illicitum iudicatur pactum huiusmodi, & omninò reijciendum à contractu: hanc eandem distinctionẽ sequitur *Duard. de cens. par. 2. §. 1. q. 39. per totum*, & propriè *num. 2. & 3. nu. 5. 9. & 11.* vbi ità intelligendam esse doctrinam *Cencij, & prædictam Rotæ decisionem coram Iusto*, affirmat: vt scilicet valeat pactio quando ratione illius pactionis augetur pretium censũs, aliàs enim esset iniustitia in pretio, quæ perpetuat pactum per singularem doctrinam *Iacobini famosi Doctoris, & magni practici in l. mutuum, ff. si cert. petat.* quem sequuntur omnes relati per *Duard. num. 14.* quinimo *Sot. Medin. & Less.* loquuntur in casu in quo interuenit iustum pretium, prout explicat *Felician. de censib. lib. 1. cap. 7. nu. 5. ad med.* & refert, & sequitur *Auendan. d. cap. 19. num. 12. in fin.* & expresè dicit ipsemet *Less. nu. 52. versic. notandum tamen*, vndè decisio *Rotæ* debet intelligi secundum terminos, prout loquuntur *DD.* quos allegat adnotata per *Bart. in l. non solũ, §. liberationis, ff. de liberat. legat.* cum alijs adductis per *Giurb dec. 59. n. 7.*

Iustum autem pretium in hac materia intelligi debet secundum Con-

16 suetudinem Regionis, loci, & temporis, vt tradit *Guid. Papa in decis. 516. num. 2.* per *text. in l. venditores, C. locati, & l. si fundus, ff de euiction.* quia ex more Prouinciarum, pretium census

17 statuitur, dùm tamen legem non offendat *l. 1. in princip. ff. de vsuris*, refert idem *Boccac. d. par. 3. num. 50.* & post nonnulla doctissimè enucleata idem docet *Couarr. lib. 3. cap. 9. num. 6. vers. ex quibus, & cap. 10. num. 2.* ideoq; diuersimodè in vnaquaq; regione obseruatur vndè idem *Boccac.* affirmat in Picenis iustum pretium census redimibilis esse decem pro vno, & quandoq; nouẽ, & minùs secundum qualitatẽ tẽporis: In Hyspania verò quatuordecim pro vno, quod ascendit ad rationem septem in circa pro centenario, vt refert *Auendan. d. c. 19. num. 12.* in Regno autem nostro ad rationem decem pro centum, vel mi-

18 nùs dummodò decem non excedat, & ità etiam de alijs Prouincijs diuersimodè ęstimari, refert idem *Episcop. Couarr. d. lib. 3. cap. 10. num. 2.*

Sed quicquid sit de hac iusti pretij censualis extimatione; Certum esse dicebam, quod census irredimibi-

19 lis pluris valet, & existimatur, quam redimibilis, pactum enim illud redimendi, quod est pars pretij, *ad tex. in l. fundi partem, ff. de contrah. empt.* facit rem minùs valere, quam si non adesset pactum, ad notata per *Panorm. in cap. cum Ioannes de fide instrum.* omniumq; latissimè *Tiraq. lib. 2. retract. in præfat. nu. 10. & seq.* & quantò minùs restringitur libertas redimendi, tantò plus extimatur census, quia magis accedit ad censum irredimi-

bilem, idem *Couarr. d. cap. 8. nu. 7. verf. qua in re, & P. Molin. d. disput. 391. clauf. 9. nu. 6. versic. arbitror tamen.*

Hinc, vt certiùs, in re sic mulripliciter, & diuersimodè intellecta procedatur ad dignoscendam iustitiam pretij census, constituerunt *DD.* regulam: quod quando census irredi-
20 mibilis, vel cum pacto redimendi tẽporale, qui vt diximus pluris extimatur, quam perpetuò redimibilis, venditur eodem pretio, quo communitèr vendi solet census perpetuò redimibilis, tùnc dicitur adesse iniustitia in pretio; & exindè pactum redimendi temporale, ad euitandum nullitatem contractus efficitur perpetuũ exempli gratia; Si in illa Regione census cum pacto redimendi quandocumq; vendi soleat communitèr ad rationem septem pro centum, vt in Hyspania, & eodem pretio ematur census cum pacto redimendi infrà annum, vel biennium; iniustum eo casu erit iudicãdum pretium; & ideò perpetuabitur pactum, & licitum erit venditori, quandocumq; redimere non obstante lapsu temporis, sic in puncto docet idem *Couarr. d. lib. 1. c. 9. num. 8. versic. ex vltima verò ratione.* Vbi ex his asserit iniquũ iudicandũ cõtractum, licet non vsurarium, quo venduntur annui redditus, vnius pro decem, vel duodecim cum pacto redimendi infrà decennium, itá vt post decennium redimi non possit; nàm isto casu pactum redimendi quandocumq; pertinet ad iustitiam contractus, & est de necessitate, vndè ea facultas tolli, aut minui minimè potest, vt ex multis docet *num. 8. versic. postremò, & d. lib. 3. cap. 8. num. 7.* vbi in Granatensi Prætorio sæpè pronunciatum esse asserit, pactionem istam fore à contractu reijciendam, liberamq; venditori competere annui redditus reemptionem, etiam post tempus à cõtrahentibus redemptioni præfixum; quam etiam doctrinam sequutus fuit *Auendan. d. cap. 19. n. 21.* & ante eum *Felician. de censib. d. lib. 1. cap. 7. ad med. & Rodriq. de ann. reddit. d. lib. 2. q. 1.* vbi id admisit quando huiusmodi census emeretur pretio, quo emitur census perpetuus, scilicet ad rationẽ 20. pro vno nimirũ ad rationem quinq; pro centum, & optimè etiam *P. Molin. d. disput. 391. clauf. 9. num. 7.* vbi asserit quod cum in illo Lusitaniæ Regno census perpetuò redimibilis non possit emi minori pretio, quam ad rationem 114. pro vno, iniusta iudicatur emptio cum restrictione facultatis redimendi pro eodem pretio, & propterea in illis Tribunalibus ità passim iudicari fatetur.

Quarè ex his omnibus in terminis *Constitut. Martini, & Calisti,* circumscripta *Bullæ Pij V.* omninò huiusmodi pactiones, redimendi facultatem restringentes, illicitas, & à contractibus remouendas propter pretij iniustitiam dicebamus; quod satis erat ad victoriam, non obstante *Rota decisione,* quæ intelligi debebat iusto interueniente pretio.

At in terminis *Bullæ Nicolai V.* quę in hoc Regno seruatur, & pro lege inter *Regni Pragmat.* fuit relata, faciliùs nostram opinionem obtinere af-
21 firmabam. Etenim per præfatam *Nicolai Bullam* iustum pretium census perpetuò redimibilis taxatur, vt nequeat excedere rationem decem pro quolibet centenario, cum pacto tamen redimendi quandocumq; quia illud pactum minuit valorem rei; Et ideò Pontifex concessit ad dictam rationem emi posse, ob perpetuam redimibilitatis facultatem, nàm aliàs non concessisset, si pactum illud non apponeretur, vt refert in puncto *Petr. de Gregor. d. quæst. 5. num. 39. & 40. & Campagn. in d. cap. Regni 238. n. 36. vers. & primò.*

Habemus igitur in Regno iustum pretium census perpetuò redimibilis taxatum, vt nequeat excedere decem pro centum.

Quo-

Quotiescumq. igitur hæc libertas quomodolibet restringitur, & refrenatur, dicitur minui iustum pretium, si eodem pretio, ad rationem scilicet decem pro centum ematur census, & ideò iniquum erit, nisi pretium augeatur; cum pretium taxatum eatenus dicatur iustum, quatenùs tamen libertas redimendi sit perpetua; & ideò si facultas restringatur non erit
22 iustum. Vndè oportebit, vel tolli pactum restrictiuum, vel augeri pretiū, ità in nostris terminis tenet post *Bened. Boniorn. Frideric. Martinez d.c.6. de iure censuum num.243.* & in terminis nostræ *Pragmat. Foller. in d. verb. instrumento gratiæ num.16. versic sed quicquid sit de iure communi*, & optimè *Anna pater in allegat.11. num.20. & alleg.83.num.4. & 5.* vbi expressè loquitur in venditione ad rationem decem pro centenario, vt semper pactum redimendi quamuis temporale perpetuetur, ità decisum referens per M.C. & S C. adeò vt de hoc hodie nullo modo esse dubitandum fateatur per citatam doctrinā *Iacobin. in d.l. mutuum, & Tiraq. de retract. conuent. §.1.glos.2. nu.53.* refert alios concordantes *Anna filius in addit. ibidem*, & præcipuè *Cassan. in Consuetud. Burgund. rubr.5. §.1. num. 21. & consil. 11. num.* 40. optimè videndus *Campagn. d. cap. Regni 238. num.36.* & iterum *in cap.270. incip nouitèr n.26. & 27. ad finem*, refert etiam in puncto *Dom. Reg. Rouit. in d. Pragm.1. de censib. num.2.* & optimè *Mastrill. in addit. ad Petr. de Gregor. d. quæst.5. num.267. & seq.* latissimè *Camill. de Medic. d. consil. 114. à num.4. & per totum*, & omninò videndus *Duard. de censib. d. par.2. §.5. quæst.49. num.5.* vbi ità procedere asrit in hoc Regno Neapolis per *d. Bullam Nicolai V.* ex professo hanc quęstionem examinans, & omnibus contrarijs respondens, addens, quod hu-
23 iusmodi pactum redimendi procedit etiam contra singularem successorem, præcipuè stante hipotheca cū clausula Constituti, quod etiā tenet *Camil de Medic. d. consf.11. n.29. & 30.*

Ex quibus omnibus dùm constabat de iniustitia pretij, ex pacto redimendi temporale ad rationem decem pro centum, illicitum huiusmodi pactum esse iudicandum tamquā restrictiuum facultatis redimendi dicebam, & proindè nè contractus nullitatis vitio rueret, esse perpetuandū, & consequētèr licuisse Duci Magdaloni censum, etiam post lapsum temporis redimere, prout redemit, Iudicandum.

Post hæc scripta non ampliùs de hac causa fuit loquutum.

SVMMARIVM.

1 *Census empbiteuticus diuidi non potest in præiudicium domini directi.*
.. Sed insolidum à quolibet possessore exigi potest cum indiuiduus sit.
2 *Emphiteuta non potest soluere Canonem per partes inuito domino.*
3 *Obligatio ad Canonem est realis, & indiuidua.*
4 *Obligatio primi empbiteutæ cum sit insolidum, non potest mutari facto hæredum.*
.. Sed transit res in omnes cum eadem obligatione solidi.
.. Et ideò si vnus ex hæredibus soluit partem, alter verò minimè; tota emphiteusis cadet in commissum.
5 *Possessor partis rei emphiteuticæ pro toto canone conueniri poterit.*
.. Quod procedit etiam in tertio possessore.
6 *Solutio particularis multa affert incommoda.*
7 *Quilibet tertius possessor tenetur ad integrum canonem.*
.. Nedùm actione hypothecaria, sed etiam personali.
.. Sed distinguè vt num. seqq.
8 *Rem emphiteuticam non esse domino directo obligatam pro canone tenent nonnulli.*

.. *Ideoq; non posse agi contra tertiũ possessorem.*

9 *Emphiteuta semper solet pro solutione canonis omnia bona sua obligare.*

.. *Inter quæ bona res ipsa emphiteutica comprabenditur.*

.. *Et ideò transit res illa etiam in tertium possessorem cum sua causa.*

10 *Actio personalis non nascitur, nisi ex contractu, vel quasi.*

11 *Emens rem cum onere census, vel simili non tenetur actione personali, nisi illud expressè soluere promiserit, & se obligauerit.*

12 *Accollatio enim oneris non parit actionem personalem contra emptorem, qui ad illud onus non se obligauit.*

13 *Emptor emendo cum onere, & non cõtradicendo, licet videatur quodamodo tacitè consentire, & consequentèr se obligare.*

.. *Attamen ista taciturnitas non operatur consensum obligatiuum.*

.. *Nisi fauore pupilli, Ecclesiæ, & piæ causæ secundum opinione Romani.*

14 *Actione personali directo contra emptorẽ pro onere accollato agi nõ potest.*

15 Textus in l. Imperatores, ff. de publicanis, & vectigalibus *adducitur, & explicatur.*

16 *Ratio eadem militat in vectigali, quæ in canone emphiteutico.*

17 *Fiscus pro tributo, & dominus pro canone non agunt directo contra possessorem vt soluat.*

.. *Sed benè indirectè actione hypothecaria super re.*

.. *Non enim est obligatus possessor, sed res ipsa.*

18 Textus in l. fin. ff. de contrah. empt. *expenditur.*

19 *Actione personali in duobus casibus directo agi poterit contra emptorem pro canone.*

.. *Primò: quando fuit facta alienatio cum consensu domini directi.*

.. *Quia videtur tùnc emptor se obligasse ad canonis solutionem rationè illius contractus, vel quasi.*

.. *Secundò, quando emptor iàm cæpisset soluere canonem.*

.. *Quia soluendo videtur, quasi contraxisse cum domino.*

.. *Hoc tamen non procedit contra hæredes emptoris, qui non tenentur actione personali, nisi pro hæreditaria portione.*

20 *Actio personalis in rem scripta datur etiam pro canone emphiteutico.*

.. *Ideò comitatur quemlibet possessorem.*

.. *Sed talis possessor non poterit conueniri pro solutione integri Canonis, sed tantùm pro rata.*

21 *Quilibet possessor ratione hypothecæ potest insolidum conueniri.*

22 *Via exequutiua ex contractu censuali datur etiam contra hæredes debitoris, qui censum imposuit.*

.. *Sed non datur contra tertium possessorem bonorum censui suppositorum, nisi vigore* Pragmat. 1. de censibus.

.. *Actione tamen hypothecaria non personali.*

23 Pragmat. 1. de censib. *non procedit in censu emphiteutico.*

ARGVMENTVM.

Canon emphiteuticus; quamuis diuidi inuito Domino, nequeat, sed insolidum exigi possit; hoc actione hypothecaria non autẽ personali intelligendum; præcipuè contra hæredes emptoris; qui neq; actione hypothecaria tenetur, nisi cum Domini consensu emerit, vel Canonem soluerit.

DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXIX.



1 Verissima videtur esse de Iure conclusio: Censum emphiteuticũ nõ posse diuidi in præiudiciũ domini directi, sed insolidum à quolibet possessore exigi posse, cùm indiuiduus sit ità Gloss. magis communitèr recepta *in l. communi diuidundo in verb. confundentur, ff. com. diuid.* quam sequutus fuit *Afflict. in decis.* 153. *num.* 3. ea ratione quia sicut emphiteuta nõ potest soluere canonem per partes inuito do-
2 mino, sed semel & integrum, vt dicit *Castr. in l. quidam existimauerunt, ff. si cert. pet.* ità neq; hæredes debentes canonem, possunt dicere, quod volunt soluere vnusquisq; pro parte sua:
3 quia obligatio ad canonem est realis, vndè licet ipsi hæredes diuidant inter se, tamen quilibet tenetur insolidùm ad censum, nec facto hæredũ, debet mutari conditio primæ obligationis *l.* 2. *§. ex his, ff. de verb. oblig. cum concord.* & *Vrsill in d. decis.* 153. & ibi etiam *Caraust. in addit.* sequitur *Iul. Clar. lib.* 4. *sentent.* §. *emphiteusis quæst.* 9. *nu.* 13. vbi asserit, quod cum
4 prima obligatio sit insolidũ in persona primi emphiteutę, non potest mutari facto hæredum, sed transit res in omnes, cum eadem obligatione solidi, *& Io. Harprett. in add. ibidem n.* 44. confirmando opinionem *Iulij Clari*, ait quod præstatio canonis est indiuidua, & ità etiam tenet *Card. Tusc. lit. E. concl.* 192. *num* 28. *& Corbul. de Iure emphit. tit. de causa priuat. ob non solut. canon. ampliat.* 8. *num.* 1. *& seq.* Et ideò sicut emphiteuta per cessationem solutionis Canonis, etiam in minimo, tota priuaretur emphiteusi, vt dicunt cummunitèr *DD.* & refert *Afflict. vbi sup.* ità etiam eius hæredes, per præfatam *Glossæ* doctrinam, vbi docet, quod si vnus ex hęredibus soluit partem suam canonis, alter verò minimè, tota res incidit in commissum, & communitèr sequuntur ibi *DD.* & ideò possessor partis rei em-
5 phiteuticę pro toto canone cõueniri poterit, quod procedit etiam in tertio possessore, qui etiam pro censibus præteritis poterit conueniri non excusso emphiteuta, vt dixit *Surd. in decis.* 32. & refert *Cancer. var. tit. de emphit. cap.* 11. *lib.* 1. *num.* 39.

His omnibus vtebatur Aduocatus Francisci Grippa in causa quam habebat cum Anello de Aprea, cuius partes substinebam: Cùm enim Franciscus Grippa concessisset quendam fundum in emphiteusim Alphonso Pennæ sub annuo canone duc. 26. Cùm expresso pacto, quod numquã vllo futuro tempore inter eius hæredes diuidi posset, sed insolidum quilibet ad integrum canonem teneretur; Idem Alphonsus deindè fundum illum cum domo ibi ædificata vendidit Marco de Aprea cum onere dicti census: Mortuo deindè Marco pluribus relictis filijs, & hæredibus: Egit Franciscus Grippa Dominus directus actione personali cõtra Anellum vnũ ex filijs, & hæredibus Marci insolidum: qui cum obtulisset ei ratam soluere, cùm non teneretur, nisi pro portione hæreditaria; replicabat Franciscus ipsum non teneri ratam recipere, sed solidam canonis solutionem ex prædictis, cum multa in-
6 commoda tribuat particularis solutio, *ex text. in l. planè* 3. *ff. fam. erciscund. l. tutor, §. Lucius, ff. de vsur.* & notabilitèr dixit *Caldas de emphit. lib.* 2. *quæst.* 25. *num.* 14. præcipuè stante expressa conuentione contrahentium; nè census diuidi aliquo modo posset, quo casu nedùm hæredes diuidentes inter se rem emphiteuticam, sed qui-
7 libet tertius possessor, cui etiam fuisset pars adiudicata per Iudicem, tenetur ad integrum canonem, prout semper ad tollendum dubium fieri consueuit, vt post *Alberic. in d. l. communi,*

muni, ff com. diuid. refert *Vrsill. in add. ad d. decis. Afflict.* 153. *in fine*, & latè probat *Anna in consil.* 16. *per totum*: imò nedùm actione hipothecaria, sed etiã personali attenta tamen *Pragmat.* 1. *de censib.* vbi *Reg. Rouit. nu.* 20. post *Foller. ibidem in verb. tamquam res iudicata num.* 18. 19. & 32. & refert etiam decisum in Regno Valentiæ *Hieronym. de Leo decis.* 1. *lib.* 1. & *Criuell. decis. Dolan.* 99. *nu.* 22. & ideò confirmandum dicebat decretum S.C. ad relationem M.C quod Anellus solueret canones decursos insolidum.

Attamen dicebamus nos hæc omnia parùm obstare in casu de quo disputabamus: Non enim negabamus cõclusionẽ illam supra firmatam canonem, scilicet diuidi non posse in præiudicium Domini directi, adeò vt si vnus soluerit partem, non tamen euitare poterit commissum, vt post *Glos. Afflict.* & alios loquitur *Anna in d. consil.* 16. *per totum*; sed vtili distinctione vtebamur. Nàm aut dominus directus agit actione hipothecaria super re ipsa emphiteutica; aut agit actione personali directo contra vnũ ex hæredibus, & possessoribus.

Primò casu; quamuis nonnulli te-
8 neant rem emphiteuticam non esse domino directo obligatam pro canone, vt refert *Surd. d. decis.* 32. *à num.* 1. *vsq; ad versic. sed quia*, & ideò nõ posse agi contra tertium possessorem, & refert etiam *Corbul. de iure emphit. sub tit. de causa priuat. ob non sol. can. q.* 6. *à num.* 1. *ad* 4. Nihilominùs cùm semper soleat primus emphiteuta bona
9 sua obligare pro solutione canonis, inter quæ bona, res ipsa emphiteutica comprehenditur, vt post *Afflict. in decis.* 95. *num.* 1. vbi *Vrsill. num.* 2. tenet *Negus. de pignor.* 2. *membr.* 2. *par. n.* 33. & sequitur *Amic. de iure emphit. q.* 56. *num.* 3. tùnc cùm istud onus soluendi canonem, veniat ex dispositione contrahentium, & ex hipotheca apposita, transit in possessorem, qui ratione illius hipothecæ tenebitur insolidũ; quia res trãsit cum sua causa, vt post *Surd. d. decis.* 32. *num.* 5. latè comprobat *Amic. d. quæst.* 56. *num.* 3. & ante eos magistralitèr docuit *Afflict. in d. decis.* 95. & *Corbul. vbi sup. n.* 5. & *seq.*

Aut verò, secundò casu, vult agere directo actione personali insolidum, & nullo modo posse dicebamus, ex multis: Quoniam si agimus de persona Marci de Aprea emptoris nullo modo, tenebatur actione personali, ad canonem, ergò multò minùs eius hæredes: Actio enim per-
10 sonalis non nascitur, nisi ex contractu, vel quasi; neutèr interuenit eum Marco, nàm licet ipse emerit fũdum illum cum domibus ab Alphonso,
11 cum onere prædicti census, non tamen specificè illum soluere promisit, nèc se obligauit in beneficium Francisci directi domini absentis, & nemine pro eo stipulante, sed tantùm emit cum prædicto onere: quę oneris accollatio, nullam peperit actionem
12 personalem ad beneficium Francisci absentis contra ipsum Marcum emptorem, qui ad illud onus se minimè obstrinxit, licet enim ità emen-
13 do, & non contradicendo videatur tacitè consensisse, & consequentèr se obligasse: nihilominùs certum est, quod ista taciturnitas non operatur consensum obligatiuum, per *text. in l. sicut, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hipothec. sol.* & *in l. filiusfam. §. inuitus, ff. de procurat.* vt apertè sentit *Roman. in consil.* 311. *num.* 3. & *per totum*, vbi hoc solum limitat fauore, pupilli, Ecclesiæ, & piæ causæ, illo autem cessante, remanet regula, quod non possit agi contra emptorem directè
14 actione personali pro accollato onere soluendi canonem, & ità docet optimè etiam *Afflict. in d. decis.* 95. *n.* 6. & *seq. versic. tamen*, vbi expressè asserit, quod limitatio *Romani* non procedit in alijs non priuilegiatis, sequitur *Foller. in praxi censual. in verb. huiusmodi num.* 97. *Redoan. de reb. Eccl.*

non

non alien.quæst.17.num.63.versic.sed intellige, *Corbul.de causa priuation. ob non sol.can. quæst.6.num.4.fol.527.* & optimè videndus *Giurba decis.62.n.2. & seq.* vbi fatetur tùnc pro accollato onere dari actionem personalem cõtra emptorem, quando promisisset soluere, & Notarius pro domino directo stipulatus fuisset, sequitur *Mascard.de probat.concl.280.nu.28.Stracca de decoctor.par.5.num.9. & Antonin.Amat.resol.45.n.21.* & latè fũdauimus *disput.52.n.38.cum seqq.* vbi sic in Collaterali Consilio decisum fuit.

Ad hoc etiam optimè conferre dicebamus dispositionem *text. in l.Imperatores, ff.de public. & vectigal.* vbi
15 *Papirius Iustus Iureconsultus*, ità respondit *Imperatores Antoninus, & Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa prædia, non personas conueniri*; & licet loquatur in vectigalibus, idem pro-
16 fecto erit in canone emphiteutico cùm par sit ratio in vno, quam in alio, vt post *Guid.Pap.decis.42.* & alios refert *Amic.d. quæst.56.num.4.* & ante eum *Afflict.in d.decis.95.num.1.& 2.* per *text.* adductum per *Bald. in auth. si quas ruinas col.5.C.de Sacrosanct.Eccles.* nempè *in §.scire, Auth.de non alienand.* & quamuis vt *Amic.* refert nonnulli eundem *text. in d.l. Imperatores* in contrarium allegent in sequentibus verbis ibi: *Et ideò possessores etiam præteriti temporis vectigal soluere debere*: Tamen intelligitur quando agitur actione hipothecaria; tùnc enim quia res illa oneri est obnoxia, tenetur possessor soluere, & ideò dixit ibi
17 *Glos.* quod specialis est casus, in quo adest hipothecaria sine personali actione, quia onus tributi rem sequitur, & res transit in nouum possessorem cum onere, vt dicit *Afflict. in d. decis.95. num.4. & 5.* & tenetur emptor ratione rei, ideò dixit *Castr.in d. l.Imperatores, versic.intellige tamen*,
18 quod Fiscus pro tributo, vel vectigali, & dominus directus pro canone non agit directo contra possesso-rem, vt soluat pro tempore præterito, quia non est obligatus ipse possessor, sed ipsa res possessa, sed aget indirectè, scilicet, actione hipothecaria, & si possessor vult euitare, quod sibi res non auferatur, cogitur soluere, & posteà recuperabit ab authore suo, *ad text.in l.in venditione, ff.de action. empt.* & sequitur *Afflict. in d decis.95. num.3.& Surd.in d.decis.32.nu.7.* post *Glos. in l. si vsufructus nomine in verb. condici poterit, ff.vsufr. quemadm. caueatur, & Amic.d.quæst.56.n.7.* Addebam etiam alium *text.* qui etiam in terminis loqui videtur *in l. fin. §.fin. de contrah. empt.* vbi *Scæuola Iureconsultus*, sic inquit. *Lucius, Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare pro prædijs Caij Seij. Posteà Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his. Quo iure, quaq; conditione ea prædia Lucij Titij hodie sunt, ità venerunt, itaq; habebuntur, Quæro an emptor, Caio Seio ad præstationem frumenti sit obnoxius? respondit, emptorem Caio Seio, secundum ea quæ proponerentur obligatum non esse.* Ecce quod licet emptor emerit fundum cum onere, non tamen erit obligatus actione scilicet personali vt explicat ibi *Glos. final. in verb.non esse*, & benè *Mauson.* post alios *de caus. exequutiuis ampliat.6. num.37. & seq.*

Cùm igitur Marcus emptor nullo modo teneretur actione personali, sed tantùm hipothecaria, multò minùs tenebatur Anellus cohæres, insolidum, sed tantùm pro portione hæreditaria pro rata, quam semper obtulit, & ità intelligitur decisio *Afflict.153. Valasc. de iure emphit. q.32. & Gratiani cap. 36. num. 42.* vbi expressè intelligit quando agitur actione hipothecaria, & in duobus tantùm casibus dicit procedere etiam in actione personali, quando scilicet fuit facta alienatio cum consensu domini directi, quia videtur tùnc emptor se obligasse ad solutionem ca-

nonis

19 nonis ratione illius contractus, vel quasi per *text.in l.fin, §.necessitatem, C. de iure empbit.* vt per *Valasc, d. q. 32. nu.23. & Gratian. discept.forens.c.36. num.30.& de Marin.d.cap.13. num.2. & seq.& Giurb.d.decis.62.nu.25.vers. primo si dominus.* Vel secundò, quando emptor iàm incepisset soluere canonem illum recognoscendo in dominum: oritur enim eo casu ex solutionibus canonis, actio personalis contra emptorem, qui soluendo, videtur quasi contrahere, vt refert idē *Giurba d.decis.62.nu.31.in fin.* & post *Rodriq. de ann.redit.lib.1. quæst.15.nu. 24.& seq.& lib.2.quæst.9.nu.54.vers. quæ prædiximus*, refert *Mauson. de caus.exequutiu.ampliat.6.nu.24. vers. amplia*, *Caldas de renou. empbit.lib.1. quæst.13.sub num.17. Antonin.Amat. resol.84 num.9. & 10. & Hodiern.ad Surd. d.decis.32.num.21.* vbi sic decisum asserit.

Quod tamen non procederet cōtra hæredes emptoris, qui non tenerentur actione personali, nisi pro portione hæreditaria, non autē insolidū.

Hinc licet agatur actione personali in rem scriptam, prout dari dixe-
20 runt nonnulli pro censu emphiteutico, vt dicit *Vrsill.in d.decis.95.nu.7.* quæ comitatur quemlibet possessorem, *l.3.§.est autem, ff.ad exhibendum*, nihilominùs talis possessor non poterit conueniri pro solutione integri census actione personali in rem scriptam, sed tantùm pro rata, quæ ex fructibus dictę rei possessę solui commodè possit, vt intelligit *Couarr. d. cap.7. versic.sed quia hipotheca*, & sequitur *Cenc.de censib.quæst.80.num.7. & seq.* vbi sic intelligēdam putat opinionem illorum volentium, possessorem vnius rei ex pluribus suppositis posse insolidum pro toto censu conueniri, scilicet non vt ipse totum, & integrum censum soluat, sed vt ab eo auocetur possessio fundi censuati, retinenda per dominum census, quousq; de toto, & integro censu, & credito fuerit satisfactus; nàm regu-
21 lare est, vt quilibet possessor ratione hipothecæ possit insolidum conueniri, vt latè per *Cenc.d.quæst.80.n.10. & Donat.Anton. de Marin.lib.1.resol. cap.13.num.1.in fine.*

Præthereà quamuis detur via exequutiua ex contractu censuali, etiam
22 contra hæredes debitoris, qui censum imposuit, & se obligauit ad illius solutionem, vt refert *Cenc. de censib.q. 95. num.12. cum seqq.* vbi innumeros adducit: Nihilominùs non datur cōtra tertium possessorem bonorum cēsui suppositorum, vt post alios ità limitat idem *Cenc. d.quæst. 95. num.21.* circumscripta tamen *Pragm.* de qua per *Foller.in verb. tamquam num. 12. 16.& seq.* quia specialitèr fuit prouisum per *Pragmat.* vndè secùs est de iure communi, vt dicit *Cenc.vbi sup. num.21.& seq.* & ità intelligit *Parlad. lib.2.rer.quotid.cap.fin.par.4.§.5.nu.5.*
23 cuius quidem *Pragmat.* dispositio, non procedit in censu emphiteutico: Et nihilominùs quando procederet, deberet etiam intelligi quando ageretur actione hipothecaria, siué Saluiano interdicto, secùs si actione personali, etiam in rem scriptam, vt refert idem *de Marin.d.cap.13.num.1. in fin.ex Couarr. lib.3.var.cap.7. ante num.7.versic.quæritur deindè.*

Cùm igitur ageretur actione personali, dicebamus nullo modo teneri Anellum de Aprea, nisi pro portione hæreditaria; non autem insolidum; & ideò reformandum esse decretum S.C.ad relationem M. C. affirmabam.

Die 10.Decembris 1644.

Facta relatione per M. C. in S. C. fuit prouisum, quod suspenso decreto aliàs lato per S. C. Anellus de Aprea teneretur in actione personali ad correspondendum pro rata, penès Actuarium M.C.Grillum.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Legatum fructuum feudi, satis differt ab vsufructu legato.*
.. *Adeò vt possit hæres fructus vendere, etiam in legatarij præiudicium.*
.. *Nec ab emptoribus aliquod legatario debetur.*
.. *At contrarium videtur decidi,* per tex. in l. cum ita 41. ff. de vsufr. leg. & l. si quis ita 23. ff. de vsufr.

2 *Antinomia inter* Scæuolam in l. si fundi Trebutiani, siuè Æbutiani 38. ff. de vsufr. legat. & Iabolenum in d. l. cum ita 41. ff. eod. tit. *concordatur.*

3 *Legatarius fructuum, si proprio iure, & authoritate illos ex fundo percipere potest, habetur, ac si esset vsufructuarius.*
.. *Secùs verò si à manu hæredis.*

4 Bartoli *distinctio* in d. l. fundi Trebutiani, ff. de vsufr. legat. & in l. cotem ferro, §. qui maximos, ff. de public. & vectigal. *adducitur.*

5 *Assensus Regis necessariò requiritur in refutatione, & alienatione feudi in non proximum successurum.*
.. *Etiam quod esset in augumentum feudi.*

6 *Idem est non adesse assensum, vel adesse, sed nullitèr.*

7 *Prorex prohibetur assensum præstare super contractu in quo vsufructus, quoquo modo fuit reseruatus, vel translatus per* Pragm. 4. de feud. *vulgò dictam nouem capitum.*

8 *Comoditas percipiendi fructus non inducit ius in re, sed constituit quid separatum ab ipsa re.*
.. *Ideò differt à iure vsusfructus.*

9 *Ius vsusfructus, seruitutem quandam constituit in re, cum pars dominij dicatur.*
.. *Imò species alienationis est, & ius in re tribuit.*

10 *Comoditas siuè pereceptio fructuũ, etiã in feudalibus, absq; assensu concedi potest.*

11 Bartoli *theorica* in l. codicillis pen. §. instituto, ff. de leg. 2. *adducitur, & explicatur.*

12 *Alienatio fructuum feudi, tùnc erit licita, quãdo is nil aliud acquirit, nisi solam personalem actionem contra alienantem ad fructus tradendos.*
.. *Secùs si ex illa alienatione ius aliquod super re constituatur, ità vt afficiat feudum.*

13 *Verba concessionis fructuum, quando diriguntur in legatarium, videtur concessa facultas propria authoritate illos percipiendi.*
.. *Et proindè dicitur cõstitutus vsus fructus.*

14 *Concessa certa parte fructuum, vel ex fructibus fundi, videntur, & præsumuntur eo casu verba directa in hæredem, & consequentèr non censetur constitutus ius vsusfructus.*
.. *Secùs si fuerint concessi, vel reseruati omnes fructus, quia tùnc censetur ius ipsum vsusfructus cõstitutus.*

15 *Concessio fructuũ cum libera facultate de illis disponendi ad libitum voluntatis, inducit constitutionem iuris vsusfructus.*

16 *Feudi diuisio non inducitur ex reseruatione iuris vsusfructus secundum opinionem Io. Bolognetti.*

17 Pragmat. 4 de feud. *prohibuit Proregibus assensum præstare, tàm super diuisione feudi vt in* Septimo capite, *quàm super retentione vsusfructus, vt in* Quinto capite.

18 *Lex, vel statutum quando simplicitèr aliquod decernit; non attenditur ratio, quæ statuentem mouit, sed forma legis, quæ specificè seruari debet,* & num. 37.

19 *Refutatio feudi in proximum successurum, adhoc vt, absq; assensu valida sit, oportet vt sit pura, & simplex, & nil penitùs comoditatis in refutantem remaneat.*
.. *Aliàs dicitur pactionata, quæ de iure non subsistit.*

20 *Refutatio feudi reseruato vsufructu dicitur pactionata.*
.. *Adeò vt etiam iure communi inspecto*

spectio assensu domini egeat.

21 *Donatio feudi facta filio primogenito ex nunc pro tunc sequuta morte, adhuc dicitur pactionata.*

.. *Et ideò eget assensu.*

22 *Declaratio, & protestatio quod ex concessione omnium fructuum feudi cũ libera disponendi facultate, non intelligatur translatũ ius aliquod, nisi fructuum perceptio: impedit constitutionem vsusfructus; quia præsumptio cedit veritati.*

.. *Sed contra* num. seqq. *vbi optimè distinguitur.*

23 *Magis inspiciendum est, quid re ipsa egerint cõtrahentes, quam quod verbis explicarunt.*

24 *Contractus non secundum verborum corticem, sed secundum ipsius naturam, & ab effectu rei consideratur.*

25 *Statutum, rebus non verbis legem imponere dicitur.*

26 *Concessa re in emphiteusim cum potestate affrancandi in pecunia; habebit locum ius congrui.*

.. *Quamuis cesset in contractu emphiteutico.*

.. *Quia censetur potius emptio quam emphiteusis.*

27 *Clausula: quod plures sint donationes quatenùs excedunt summam* 100. *aureorum, nil releuat ad effectum euitandi insinuationem.*

28 *Concessio fructuum feudi per longum tempus, vtile dominium, vel saltem ius in re transferre dicitur.*

.. *Quinimò ius ipsum vsusfructus.*

29 *Concessio fructuum feudi ad longum tempus non valet, absq; assensu.*

.. *Etiam quod expressè dixerint cõtrahentes: quod vtile dominium, vel ius aliquod non intelligatur translatum.*

.. *Quia hæc reseruatio, siuè protestatio in fraudem legis censetur apposita secundum* Baldum.

.. *Sed contrarium videtur tenere* Camerar *post* Felin. *& alios.*

Sed vtili distinctione concordantur opiniones.

30 *Protestatio, siuè reseruatio, vt non intelligatur translatum ius vsusfructus ex concessione fructuum ad longum tempus satis iuuat, vbi nulla adest legis, vel statuti prohibitio.*

.. *Secùs si adsit prohibitio, quia censetur tùnc in fraudem legis apposita, & nihil opitulatur.*

31 *Protestatio huiusmodi iuuat ei, qui liberam habet facultatem rem alienandi, & de ea disponendi.*

.. *Secùs si non habet vt feudatarius, emphiteuta, & similes.*

.. *Quia tùnc alienando ad longum tempus, quamuis protestentur nè intelligatur translatum vtile dominiũ, vel ius vsusfructus; nõ tamen euitari poterit, quin sit alienatio.*

.. *Censetur enim protestatio facta in fraudem.*

32 *Comoditas fructuum, quæ ad longum tempus conceditur in materia prohibita habetur pro vera alienatione ad euitandam fraudem.*

33 *Clausula, quod tot sint locationes, quot sunt anni, vel cum pacto renouandi ad nouennium, intelligitur in fraudem apposita.*

34 *Concessio, siuè alienatio fructuum ad vitam, non dicitur ad longum tempus, ratione incertitudinis secundum* Camerar. & Andr.

.. *Sed nonnulli tenent contrarium.*

35 *Registrationis defectus assensum annullat.*

36 *Rex ideò registrationem assensus requiri videtur, vt de feudatarijs certus fiat, in quorum manus feuda transferuntur.*

38 *Registratio requiritur etiam in assensibus præstitis super obligationibus feudorum.*

.. *Quando in assensu adest clausula dummodò registretur, cum decreto irritanti.*

.. *Quia licet non agatur de translatione dominij, & videatur cessare ratio legis, attendi tamen debet voluntas assentientis.*

.. *Quamuis hodie per Pragmaticam*

.. *De*

de feudis fuerit hoc sublatum.

39 *Dispensatio Proregis temporis lapsui non iuuat ex defectu potestatis.*

.. *Esset enim reuidere id, quod ipse Rex fecit ex suprema, & absoluta potestate.*

40 *Temporis ob lapsum, impetrabantur supra cartæ à Rege, vt lapsu temporis non obstante possent assensus registrari.*

.. *Quæ tamen expediri nequibant re non integra: ob mortem nimirùm alterius ex contrahentibus, vel post renocationem sequutam* vigore Cōstitut. Diuæ memoriæ.

.. *Sed hodie per nouellam gratiam fuit etiam concessa Proregibus, & Collaterali Consilio facultas dispensandi, lapsu temporis non obstante.*

ARGVMENTVM.

Per reseruationem omnium fructuum feudi in refutatione cōtentam, cum libera illorum administratione, & facultate propria authoritate disponendi, inductum videri ius vsusfructus; ideoq; super ea Regis requiri Beneplacitū, in nihilò iuuāte assensu Proregis ex defectu potestatis, ad intellectum *Pragmat.* 4. *de feud.* non obstante expressa protestatione contrahentium, quod non intelligatur constitutum ius aliquod vsusfructus, cùm censeatur in fraudem legis apposita.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXX.



IVreconsultus Scæuola *in l. fundi Trebutiani* 38. *ff. de vsu, & vsufruct. leg.* respondit, legatum fructuum fundi, satis differre ab vsufructu legato, adeò vt possit hæres fundum vendere, etiam in legatarij præiudicium, vt in *versic. quaro*: quod idem Scæuola comprobauit *in l. liberto* 21. *in princip. ff. de ann. legat.* adeò vt ab emptoribus nil penitùs legatario debeatur, vt notat ibi *Glos. in verb. vendiderunt, & in verb. vendita*, per *text. in l. fin.* §. *fin. ff. de contrab. empt.* vbi idem *Scæuola* decernit *emptorem legatario non teneri.*

1

At *Iabolenus in l. cum ità* 41. *ff. eod. tit. de vsu, & vsufr. legat.* contrarium ex sententia Labeonis videtur decidere; inquit enim: *Cùm ità legatum esset: fructus annuos fundi Corneliani, Publio Mæuio dò lego: perindè putat accipiendum esse Labeo, ac si vsusfructus fundi similitèr esset legatus: quia hæc mens fuisse testatoris videtur*; cuius opinioni cōcordat etiam *Vlpianus in l. si quis ità* 23. *ff. de vsufr. & quemadmod. vtat.* vbi *Si quis*, inquit, *Ità legauit; fructus anuuos fundi Corneliani, Caio Mæuio dò lego; perindè accipi debet hic sermo, ac si vsusfructus fundi legatus esset.*

2 Nihilominùs hæc Antinomia; si talis dici poterit, facili negotio tollitur per *Glos. in d. l. fundi Trebutiani in verb. differentiam*, & meliùs *in d. l. si quis ità*, vbi magistralitèr docet, quod si legatarius propria authoritate poterit fructus ex legato percipere, ha-

3 betur ac si esset vsusfructuarius, & ideo asserit multum referre, quibus verbis relinquatur, nàm si dicat testator do lego, vsusfructus est, quia hæc est mens Testatoris, secùs verò si à manu hæredis, quia dixit dari vo-

Io,tūc enim nō est vsusfructus, quia voluit hæredem dominum esse fructuum,& eos præstare legatario,vt in terminis *text. in d.l.fundi Trebutiani,* ibi: *Fundi Trebutiani redditus vxori meæ,quoad viuet dari volo.*

Hanc etiam distinctionem,& concordiam constituit *Bart. in d. l. fundi Trebutiani:* vbi ait, aliud esse fructus
4 concedere, vel legare, vt eos legatarius proprio iure ab ipso fundo percipiat; aliud autem si hæres quidem fructus percipere debeat, & posteà legatario tradere; quia priore casu vsusfructus legatus videtur, secundò verò nequaquam, quam etiam *Bart.* distinctionem sequuti sunt communitèr alij, vt refert *Menoch.lib.4. præsumpt.136.per tot. Pinell.in l.1.par.2. num.11.cum seqq.* C. *de bonis matern, Anna consil. 46.num.29. cum seqq. & Consiliar. de Georgio in repetit. feud. cap.44.nu.12.cum seqq.* & latiùs hanc eandem doctrinam tradidit idem *Bart. in l.cotem ferro,* §. *qui maximos num.9.& 10.ff.de publican & vectigal,* sequitur *Alexand. in consil.214, nu.1, lib.6.* omninò videndus, & *Menoch.* optimè *in consil.330.num.8.Paris.in consil.55.à num.45.cum seqq.lib.3.* vbi hoc clarum esse fatetur, *& Cardin. Mantic.* qui de communi testatur *de tacit. & ambig.lib.4.tit.18.nu.19.cum seqq.*& illam etiam approbauit subtilissimus iuris indagator *Anton. Faber in ration.ad d.l.si quis ità, ff. de vsufr,* vbi,præfatas leges sibimet aduersantes, alitèr aut meliùs conciliari nulla ratione posse fatetur.

De hac autem materia latè fuit disputatum inter Ducissam N.& Ducem N. quos iusta ex causa, non nomino; Refutauerat enim Ducissa quodam Castrum in benificium eius filiæ secūdogenitæ, existēte in humanis primogenita nupta iā dicto Duci; reseruatis fructibus vita durāte ipsius refutantis. Et quoniam agebatur, de translatione feudi in non proximum successurum, ideoq; domini assensus
5 ad validandum actum erat necessarius, nè aliàs dispositio iudicaretur nulla, *cap.1.* vbi *Andr. & feudistæ omnes de success.feud.* etiam quod esset in augmentum feudi, vt expresse docet idem *Andr. in cap.1.§. præterea col.2. de cap. corrad.* & in *Constitut. Regni, Constitut.Diuæ memoriæ col. 2. ibi verius videtur Capyc.dec.100.& 156.* nisi tamen fieret in proximum, & immediatum successorem, *ad text.in cap.1. §.& si libellum,vbi Isern.* cæteriq; *de alienat feud.patern,* Ideò duo fuerunt super prædicto refutationis contractu impetrari assensus; Proregis scilicet,& ipsiusmet Regis; Neutrum tamen contractui opitulari dicebam; ideoq;corruere illum oportebat, tāquam assensu carentem; idem enim
6 est non adesse assensum; vel adesse, sed nullitèr *l.1.§.quibus, versic.quod si rem,ff.quod cuiusq; vniuers.nom.* refert *Andr. in cap.imperialem, §.præterea in 2.addit. in princip.de probib. feud.alienat.per Frideric.vbi Capyc.fol.34.col.1. in princ. & Aluarot. in cap.si quis fuerit, quo temp.miles.*

Etenim Proregis assensum, nullū esse iudicandum ex defectu potesta-
7 tis concludebam: prohibetur enim Prorex nomine Regis assentire super contractibus in quibus fuit quoquomodo reseruatus, vel in alium translatus vsusfructus, vt habetur in *Pragmat.4.de feud.* secundum nouam cōpilationem *Reg.Rouiti,* vulgò dicta, *nouem capitum*, & propriè *in quinto capite.*

Et licet ex aduerso diceretur, non fuisse reseruatum ius vsusfructus,sed dumtaxat nudam fructuum perceptionem, seù comoditatem, quæ diuerso iure censetur, & quid separatum à re ipsa constituit, *l. in ædibus,§.*
8 *ex rebus, ff. de donat. l.iubemus, C. ad Trebell.l.scimus,* & ibi *Bart.nu.2.C.de inoffic. testam.* & ideò differt à iure
9 vsusfructus; quod seruitutem quandam in re constituit,cùm pars dominij dicatur *l.4. ff.de vsufr.* imò species

est

est alienationis, & ius in re tribuat, *l.fin. C.de reb.alien.non alien.* adeò vt etiam absq; assensu possit huiusmodi fructuum comoditas, siuè perceptio
10 etiam in feudalibus concedi,& alienari, vt dicit *Andr.in d.cap.imperialē num.2.Afflict.ibid.num.2.& 13.Curt. de feud par.4.quaest.15.num.106.Tiraquell.de retract.lignag.§.3.gl.7.n.47. Capyc.in inuestit.in verb.feud.alienationes fol.37.limit.10.& in verb.feud.fructus fol.205.Anna in repet.Cōstit.Diuę memoriæ num.245.& Menoch.de recup.poss.remed.9.num.260.* & cæteri quos citat *Rosenth.de feud.cap.9.membr.1.concl.10.lit.A.*

Attamen dicebam,hoc assumptum debere intelligi secundum theoricā
11 *Bart.in l.codicillis pen.§.instituto, ff. de legat.2.* vbi docet,quod aut vendit fructus,cōstituēdo ementi ius vsusfructus in re, & esset alienatio, *d.l.fin. C.de reb.alien.non.alien.* aut nō constituendo, sed obligādo se actione personali ad dandos fructus, & non esset alienatio, *l.fin.in fine,ff.de contrah. empt.& l.liberto in princ. ff.de ann.leg.* ex cuius doctrina videtur, tùnc esse
12 licitā vēditionē,seù comoditatis,seù perceptionis fructuum, quando is nil aliud ex ea acquirat, nisi solam personalem actionem contra alienantem, vel concedentem ad illos tradēdos,præcipuè in feudalibus,adeò, vt nil penitùs feudum afficiat,secùs si ex illa concessione ius aliquod vsusfructus in re constituatur,vt benè aduertit *Alex.in cons.18.lib.5.& Molin. de Hyspan.primogen.lib.1.cap.20.n.11. & 13.* & sequitur post alios *Peregrin. de fideicom.artic.4.nu.117.* & optimè *Camer.in d.cap.imperialem fol.18.lit.D.* vbi tùnc demùm feudatarium posse de fructibus feudi disponere fatetur, quādo nimirū,non causetur ius in re, & iterū *lit.L.* nonnullos etiam adducit *Anna in consil.51.num.10.& seq.& num.20.* quod etiam dixit *in cons.27. num.6.& seq.& d.consil.46.num.17. cum seqq.Reg.de Ponte in consil.116. lib.2.* & latissimè *Reg.Rouit in prag.4. de feudis num.54.& 72.& seq.& Reg. Galeota contr.6.nu.9.& seq.lib.2. Praeses Merlin.controuers.57.num.14.lib 2.* post *Montan.in d.cap.imperialem n.3. & seq.& Donat.Anton.de Marin.lib.1. resol.cap.119.nu.3.cum seqq.& contr. 81.num.5.& seq.lib.2.*

Ideò videndum erat, quid in casu contingenti fuerat concessum; & recurrendum erat ad distinctionem superiùs relatam *in l.fundi Trebutiani, & l.si quis ità, ff.de vsufr.* ad quam etiam se remisit idem *Bart.in d.l.codicillis,§.instituto, ff.de leg.2.* vbi in fine asserit; *Qualitèr autem hoc perpendatur,vtrum constituerit vsumfructū, vel non, notatur in l.si quis ità suprà de vsufruct.*

In contractu autem refutationis Castri, & fructuum reseruationis, legebatur, quod posset ipsa Ducissa refutans liberè disponere de omnibus fructibus, redditibus, & iuribus quibuscumq; Castri prædicti, & aliorum bonorum, & iurium superiùs narratorum,& de prouentibus, & emolumentis iurisdictionis, illosq; fructus omnes,reditus,ac prouentus propria authoritate capere, consequi,& retinere, & de illis sua vita durante disponere, prout meliùs sibi placeret, & videretur cum potestate quietandi,& cedendi iura,& omne aliud necessarium faciendum pro consequutione dictorum fructuum, & redituū, ad beneficium, & commodum,& liberam dispositionem ipsius Ducissæ sua vita durante & cæt.

Vndè cùm ex supradictis satis cōstaret, vsumfructum dici constitutū, quotiescumq; propria quis authoritate fructus percipere poterit, *ex d.l. cum ità 41. de vsufr. leg.& l.si quis ità 13.ff.de vsufruct.* vbi *Glos.& Bart.* sequebatur, nullum esse iudicandum assensum Proregis ex defectu pote-
13 statis, quoniam cùm verba directè dirigantur legatario, vel reseruatario, vt sua manu fructus cōsequi pos-

sit,di-

sit, dicitur constitutum, vel relictũ ius
vsusfructus, vt post *Alexand. in consil.*
214. num. 1. lib. 6. & Ruin. consil. 4. n. 12.
lib. 3. refert pro absoluto *Menoch. in*
consil. 330. num. 8. & d. lib. 4 præsumpt.
136 num. 2.

Insuper dicebamus quando essemus in dubio, adhùc constitutum
14 dici vsumfructum, ex quo non certa
pars fructuum, vel aliquid ex fructibus fuit relictum, vel reseruatum; quo casu præsumuntur verba directa ad hæredem, & consequentèr non censetur ius vsusfructus relictum, sed solùm fructus ipsi; At fuerunt reseruati omnes fructus, & reditus quicumq; Terræ prædictæ, vndè censetur ius ipsum vsusfructus reseruatus, vt optimè distinguit idem *Bart. in d. l. fundi Trebutiani num. 1. de vsufr. leg.* per *text. in d. l. cum ità, & d. l. si quis ità,* & idem *in d. l. cotem ferro, §. qui maximos num. 9. de publican. & vectigal. versic. si verò omnes fundi,* & ibi etiam *Castr. in versic. quartus casus. Menoch. d. præsumpt. 136. num. 4. & seq. Scrader. 2. par. nona part. princ. section. 4. nu. 56.* vbi hoc indubitatum esse fatetur, & videtur sentire *Reg. Rouit. in d. prag. 4. de feud. num. 46.*

Petereà fuit etiam data, seù reseruata facultas de prædictis fructibus liberè, & prout meliùs placuerit, &
15 videbitur disponẽdi, & iterum quod
essent in sua libera dispositione, & potestate, quæ verba clarè etiam inducebant translationem, siuè constitutionem iuris vsusfructus, vt optimè respondit *Alexand. in d. consil. 214. sub num. 2. versic. pro hoc etiam, & consil. 175. num. 9. lib. 6.* & idem censuerunt *Gozzadin. consil. 21. num. 17. & consil. 91. num. 7. & Soccin. iun. consil. 72. num. 4. lib. 2.* idem *Menoch. in d. cons. 330. n. 9.* & optimè in terminis *in d. præsumpt. 136. num. 9. versic. septimus casus, & Mantic. d. tit. 18. num. 20. cum seqq.*

Vndè cùm ex his clarè ostendebatur fuisse ius vsusfructus constitutum, & reseruatum, dicebam nos esse in casu dictæ *Pragmat. 4. de feud.* qua prohibetur Prorex huiusmodi contractibus assentire.

Neq; me mouebat opinio *Bolognett. in consil. 6.* vbi pluribus fundare conatur, ex retentione iuris vsus-
16 fructus, feudi diuisionem minimè
induci, quasi quòd dispositio prohibitiua *Pragmat.* fundetur dumtaxat super euitanda feudi diuisione; vndè cessante diuisione, cessare etiam deberet prohibitio.

Quoniam concessa pro nùnc opinione *Bolognetti*, quæ videtur comprobari per *d. Pragmat. 4. de feud.* quæ diuisim prohibuit Proregibus assensum præstare super diuisione, & dismembratione feudi, & super retentione vsusfructus, quasi vnus casus ab altero differat. Tamen non ex hoc euitatur nullitas assensus: quoniam *Pragmat.* vtrumq; voluit prohiberet
17 scilicet diuisionem, vt in *Septimo ca-*
pite, & retentionem vsusfructus, vt in *Quinto capite*, & hoc non ratione diuisionis euitandæ, sed speciali ratione, qua motus fuit Rex ad ità sanciendum; vndè ad vnguem erat obseruanda dispositio, etiam quod ex vsusfructus retentione non induceretur diuisio, vt videtur sentire *Reg. Rouit. in d. pragm. 4. num. 6. & 8.* cùm enim à lege aliquod simplicitèr sta-
18 tuitur, vel prohibetur, non attendi-
tur ratio, quæ statuentem mouit, sed forma legis, quæ seruari debet, ità *Bald. in l. 1. circa fin.* ibi: *Et dico quod magis, ff. de liber. & posthum.*

Circumscripta autem *Pragmat. sanctione*; posset etiam dubitari, nùm valeat refutatio, absq; assensu reseruato vsufructu in proximum successurum, vt affirmatiuè concludit *Sacca consil. 3. dubit. 26. num. 375. cum seq. & Muta in cap. Siciliæ 39. num. 14. cum seq. tom. 1.* quod impugnat *Reg. Rouit. in d. pragm. 4. num. 8.* quia refutatio in
19 proximum successurum, vt valeat
absq; assensu, necesse est, quod sit pura, & simplex, & quod nil penitùs

como-

comoditatis penès refutantem remaneat, vt post alios refert *de Franchis decis.3.num 9.* aliàs diceretur pactionata, quæ de iure non subsistit, vt per *Andr.in cap.1. §. & si libellum num.5. in fine de alien.feud.pat.*& post *Camerar.in cap. imperialem fol.31. lit.G.* refert latè *de Ponte in consil. 12. lib.1.per totum*, & ità esse refutationem reser-
20 uato vsufructu, adeò vt etiam iure communi inspecto tamquam pactionata, assensu egeat, latè demonstrat *Loffred.in consil.3.per totum*, & refert idem *Reg.Rouit.in d.pragmat.4. nu.7. & 13.* vbi ex hoc etiam damnat opinionem *Annæ in consil. 39.* quam videtur sequi *Reg.de Ponte de potestat. Proreg.tit.8.de refutat. in princip.nu.2.*
21 tenentis, donationem factam filio primogenito ex nunc pro tunc sequuta morte non egere assensu; cùm adhùc pactionata dicatur, vt latè per *Reg. Rouit. qui Annæ* rationibus respondet.

Ex his igitur dicebamus, nullum esse iudicandum Proregis assensum ex defectu potestatis.

At his omnibus non quiescebat pars; sed iterum vrgebat, nullo modo fuisse ius vsusfructus reseruatum cõtendens, ponderando clausulam in eodem contractu appositã; post illam
22 amplissimam fructuum reseruationem, scilicet: Ità tamen, vt ex hac reseruatione, cõcessione, & perceptione fructuum, non intelligatur constitutum ius aliquod super ipsa re, nec species aliqua vsusfructus; sed solummodò simplex, & nuda fructuum perceptio, ex qua reseruatione, & protestatione nullo modo præsumi posse, aiebat, fuisse cõstitutũ ius vsusfructus, eo fortiùs, quia *Iureconsultus in d. l. cum ità 41.ff.de vsufr leg.* videtur fundari in præsumptione, & mente testatoris, ibi: *Quia hęc mens testatoris fuisse videtur*, vndè stãte ,ptestatione cessat præsumptio, & coniecturata mens, quia præsumptio cedit veritati, *l.nuptura, ff.de iure dot. & l.fin.in princip.*

ff.quod met.causa cum concordantibus.

Verùm enim verò, neq; hoc vltimum partis subterfugium aliquid iuuaminis afferre posse, dicebã: quoniam cùm ex supradictis satis clarè appareret, ex illa fructuum reseruatione cum facultate illos propria authoritate capiendi, ac liberè disponendi, ius ipsum vsusfructus, ex vi verborum, & natura illorum, quę hoc denotat; fuisse constitutum, & reseruatum; parùm aut nihil releuabant subsequentia verba, prioribus de directo contraria, & in fraudem *Pragmat.sanctionis* apposita.

Etenim cùm cõtrahentes pro certo haberent, huiusmodi contractum, absq; Regio assensu minimè subsistere, si in eo vsusfructus fuisset reseruatus ex dispositione *prædictæ Pragm.* vt fraudem legi facerent; verbis declarare voluerunt, non intelligi constitutum ius vsusfructus, dùm re ipsa illud constituerant, vt optimè in simili fundat videndus *Tiraquel.de retract.lignag.§.30.glos.1.num.11. & 12.*
23 vbi magis inspiciẽdum docet, quod re ipsa agant contrahentes, quam quod verbis colorant, aut se agere credunt, *ad text. in l.insulam, ff.de præscript. verb.l.si vno, ff.locat. & in l. vbi ità donatur, ff.de donat.causa mor. Bart.in d.l.cotem ferro, §.qui maximos, ff.de publican.* contractus namq; non
24 secundum verborum corticem, sed secundum ipsius naturam, & ab effectu rei consideratur, vt dicit *Abbas in cap.constitutus col.fin. de religios. dom.* aliàs statutum facillimé eluderetur,
25 quod nõ verbis, sed rebus legem imposuit, adnotata *in l.2.C.com.de legat.* nèc inconuenit, ait *Andr.in cap.1.§. donare col. 4. qualitèr olim feud.pot. alien. num.8.* vt ea verborum significatio capiatur, quæ congruit negotio, mutata natura verborum, *l.si stipulatus de vsur. & l. Lucius de donat.* ius enim publicum, verborum superficie, tolli non potest *l.ius publicum, ff.de iurisd.omn.iud.* latè *Afflict.ad pro-*

positum in decis. 72. num. 9. & 10. & sequitur *de Ponte in consil 5. nu. 6. vol. 1.* & latissimè *Vrsill. ad Afflict. ibidem num. 5. & 10.* illud simile adducens,
26 quod si fuerit concessa res in emphiteusim, cùm potestate tamen affrancandi in pecunia; habebit locum ius congrui; non obstante *Consuetudine Iuris prothomiseos in verb. emit,* vbi *Napod. in princip.* volente, quod in contractu emphiteutico cesset ius congrui; quia dùm adest facultas affrancandi in pecunia, censetur potiùs emptio, & in fraudem iuris congrui appellata concessio in emphiteusim, & ità decisum fatetur. Conferunt etiam illud, quod tradit *Oldrad. in consil. 253. num. 1.* quod clausula
27 illa, quod sint plures donationes, quatenùs excedunt quingentorum aureorum, nil releuat ad effectum euitandi insinuationem, sequitur *Papiens. in pract. in forma libelli pro donatione in verb. sollemnitèr nu. 5.* & latè *Tiraquel. vbi sup. nu. 12.*

Hinc magis ad casum, videtur quęstionem decidere *Bald. in cap. imperialem nu. 7. de probib. feud. alien. per Frideric.* quo loci asserit, quod si est facta
28 concessio fructuum feudi per longũ tempus; quo casu vtile dominium, siuè saltem ius in re dicitur translatũ, & constitutum secundum Doctores *in l. filiosam. §. si vir in quinquennium, ff. solut. matrim.* imò in specie ius ipsum vsusfructus censetur inductum, & alienatum, vt post *Iacobin. in tract. de feudis in verb. ità etiam n. 13. & seq.* tradit *Afflict. videndus in Constitut. Diuæ memoriæ sub num. 19. versic. concludo ergò, Corbul. de iure emphit. c. 14. ampliat. 49. num. 20.* & optimè *Hartam. Pistor. quæst. 15. num. 47. lib. 1.* non valere inquit *Bald.* concessionem huiusmodi ad longum tempus, absq;
29 Regis assensu: etiam si esset expressè dictum, quod vtile dominium, vel ius aliquod non transferatur, quia hæc reseruatio, siuè protestatio in fraudem legis apposita censetur, adnotata per *Dinum in d. l. codicillis, §. instituto, ff. de leg. 2.* idem *Bald. in c. 1. num. 23. & 24. de his qui feud. dar. poss.* & licet alitèr videatur sentire *Barbatias in addit. ibidem lit. T.* tamen contrarium ipsemet tenet *in rubr. de reb. Eccles. non alien. à num. 45. 48. & seq.* & sequitur *Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 2. num. 38.*

Ex qua *Baldi* singulari doctrina, illa elicitur conclusio: quod vbicũq; fit alienatio fructuum feudi ad longum tempus, vel alitèr, ità vt ex illa alienatione cẽseatur translatum vtile dominium, vel ius aliquod vsusfructus; nihil releuat si deindè contrahentes expresè paciscantur, vt vtile dominium, vel ius vsusfructus minimè intelligatur translatum, quia illa reseruatio contraria facto, censetur in fraudem apposita, quæ satis optimè applicabatur ad casum contingentem, vt latiùs inferiùs demonstrabitur.

Contra hanc tamen *Baldi* opinionẽ tenet *Felin. in cap. quæ in Ecclesiarũ col. 30. versic. sexta declaratio de constitut.* quẽ etiam sequi videtur *Ruin. in consil. 57. num. 9. lib. 1. & Camer. in c. imperialẽ car. 18. à ter. lit. F. cũ seqq.* dicens non intelligi per huiusmodi locationem ad longum tempus translatum vtile dominium, si hoc expresè caueatur, vt non intelligatur translatum; quia censetur eo casu solumodò translata comoditas fructuum, dùm ità expresè contraxerũt, non autem in fraudem factum, vt latiùs ibi comprobat.

Verùm hæc *Felini, & Camerarij* opinio facillimè euitatur, vtili habita distinctione; Nimirùm, quod quando per huiusmodi protestationem, nulla potest commicti fraus legi in alterius præiudicium, videlicet quando nulla adest legis, vel statuti prohibitio, & tùnc valebit protestatio, suumq; consequetur effectũ, ità vt tùnc sola comoditas fructuum videatur translata, non autem vtile domi-

dominium, vel ius aliquod vsusfructus; & hoc casu procedere poterit opinio *Felini, & Camer.* quãdo verò per protestationem posset aliquo modo resultare fraus legi, vel statuto, in alterius præiudicium puta in materia prohibita, & eo casu protestatio parum releuat, & in fraudem apposita censetur, vt in puncto respondẽdo ad huiusmodi obiectionem tradit *Alexand. in consil.* 68. *vol.* 1. quod est duplicatum *in consil.* 165. *vol.* 2. *sub num.* 4. *versic. sed vera responsio*, imò idem *Alexand. in consil.* 104. *num.* 7. *versic. non obstat quartum lib.* 3. aliam tradit theoricam excerptam ex eodem *Baldo in cap. imperialem in princ. de prohib. feud. alien. per Frideric.* scilicèt, quod opinio contraria poterit procedere, in eo qui rem habet ple-
31 no iure, & liberam facultatem alienandi ius suum; secùs autem in eo, qui pleno iure rem non habet, nec liberè potest ius suum alienare, vt feudatarius, emphiteuta, & similes, nàm hi si locant ad longum tempus, etiam acto quod non transferatur dominium vtile, vel ius vsusfructus, non per hoc euitare poterunt, quin dicatur alienatio, nàm tale pactum præsumitur adiectum in fraudem, ex dicta doctrina *Cyni in d. §. instituto*, sequitur *Baldi* doctrinam approbans *Afflict. in d. cap. imperialem num.* 61. *& seq.* omninò videndus, & optimè doctissimus *Couarr. lib. 2. var. cap. 16. sub num. 1. versic. locatio autem in fine*, & *Molin. de Hyspan. primog. lib. 1. cap. 21. num. 24. versic. contrariam*, & *nu.* 25. in materia enim prohibita, comoditas fructuum, quæ in longum tem-
32 pus conceditur, pro vera habetur alienatione ad euitandam fraudem ex eodem *Bald. in auth. hoc ius porrectum col. 1. C. de Sacrosf. Eccles. Fabian. de empt. & vendit. in 4. quæst. princip. quæst. vlt.* & alios refert idem *Couarr. vbi sup.* aliàs daretur occasio contrahentibus facillimè fraudandi legem.

Prætereà idem *Felin. ibidem col.* 31. tenet in fraudem fieri, si agatur quod
33 tot sint locationes, quot sunt anni, vel cum pacto renouandi ad nouennium, quod etiam tenuit idem *Bald. in cap. 1. §. liuellario: quib. mod. feud. amitt.* & sequitur *Couar. vbi sup. sub num. 4. versic. primò contingere:* quod sanè nescio in quid differat ab illa protestatione, nè dominium, vel ius aliquod intelligatur trãslatum: quãdoquidem per vtramq; clausulam, eadem potest commicti fraus.

Camerar. verò non negat, quod si per alienationem, vel concessionem fructuum ad longum tempus, transferatur vtile dominium, vel ius vsusfructus: reseruatio contraria facto, scilicet vt non censeatur ius aliquod translatum, non releuet; sed tantùm fundatur in eo, quod per alienationem fructuum ad vitam alienantis non censeatur translatum vtile dominium, vel ius vsusfructus, cum se-
34 cundum eum non dicatur ad longũ tempus ratione incertitudinis: quæ quidem opinio licet nonnullos non aspernẽdæ authoritatis Doctores cõtrarios habeat, vt tenet *Ananias in cap. fin. nu. 7. ne prælat. vices suas, Alexand. in consil. 119. num. 8. lib. 3. Decius consil. 204.* post alios relatos *à Couar. d. cap. 16. num. 3.* & latè *de Ponte in consil. 139. num. 6. vol. 2.*

Tamen data eius opinione pro vera ratione incertitudinis, quia poterit de proximo decedere, vt tenet *Andr. in Constitut. Diuę memorię col. 6. versic. hoc vltimum meliùs dicitur*, & *Io. Andr. de Georg. in repet. feud. cap. 54.* nihil tamen aduersari videtur *Baldi*, & sequacium doctrinæ, quæ in alio fundatur; & ideò optimè distinctionis fędere conciliantur.

Remanebat igitur pro absoluto, fuisse in huiusmodi contractu, non solùm fructuum perceptionem, sed ipsum ius vsusfructus translatum, siuè constitutum, & proindè non fuisse sufficiens Proregis beneplacitum ex defectu potestatis vigore dictæ *Pragma-*

Pragmaticæ: non obstante protestatione prædicta in fraudē apposita, nè aliàs daretur occasio partibus *Pragmaticam* eludendi, vt optimè in simili docet *Pinell. in l. 1. C. de bonis matern. 3 par. sub num. 39. & seq.*

Hanc deniq; veritatē optimè quidem nouit ipsamet ex aduerso pars; cùm non ignoraret quid re vera in contractu fuerat dispositum, nimirū, quod realitèr ius vsusfructus fuerat constitutum; ideò ad euitanda hæc omnia obtinuit super refutatione, ac fructuum reseruatione Regium assensum à S. Catholica Maiestate, benè noscens non sufficere Proregis assensum, cùm fuisset constitutum ius vsusfructus, non obstante protestatione.

At hic Regis assensus, non minùs nullitatis vitio scatebat, quàm alter Proregis; non enim fuit registratus in Quinternionibus Regiæ Cameræ iuxtà clausulam in eodem assensu appositam, cùm decreto irritāti, *Quod aliàs habeatur pro præstito*:
35 qui quidem registrationis defectus, assensum prorsùs irritat, & annullat, & tamquàm non concessus habetur, vt relicta longiori disputatione in terminis latè fundat *Reg. de Ponte in consil. 5. num. 32. cum seqq. & consil. 67. num. 23. & 36. vol. 1. & consil. 60. nu. 1. & seq. vol. 2.* & ante eum decisum refert videndus *Afflict.* in vulgata *decis. 335. post num. 14. versic. & tantò fortiùs, & nu. 16. Lanar. consil. 33. nu. 6. de Franchis decis. 663. nu. 3. & 4. vol. 4.* & sequitur absolutè *Reg. Rouit. in pragm. 20. de feudis in fine*, & latiùs *in pragm. 26. num. 32. & Reg. Reuerter. in decis. manuscript. 21. versic. quantum attinet, & per plures columnas vol. 1.* vbi ità decisum in Regia Camera profitetur, & nouissimè fuit hoc idem in specie decisum in S. C. in causa Marchionissæ Padulæ D. Portię Carbonæ cum Principe Castelionis, ità vt hodie ex tot tantisq; decisionibus, quæ faciunt ius, & legem in Regno non ampliùs videtur remanere dubitationi locus.

Nèc multū referebat, quod paucis post diebus fuerit assensus ipse
36 registratus, & sic satisfactum ordinationi, & menti ipsius Regis: qui ideò hanc sollemnitatem requirit, vt de feudatarijs certus fiat, in quorum scilicet manus feudum transfertur. Quoniam quando lex sollemnitatem
37 aliquam requirit pro forma cum decreto irritanti, non attenditur ratio, quæ statuentem mouit, sed forma legis, ità *Bald. in l. circa fin.* ibi: *Et dico quod magis, ff. de liber. & posthum.* & ex hac ratione hæc sollemnitas requiritur etiam in assensibus præstitis super obligationibus feudorum (dū-
38 modò in assensu ponatur prędicta clausula) nō obstāte quod tùnc cesset prædicta ratio legis, dū non transfertur dominium; quia hoc dependet à mera voluntate assentiētis, qui hoc pro forma effectuali requiri voluit; ideoq; ommissio vitiaret contractū, & assēsū, etiā q aliàs nō requireretur, vt dicit *Affl. in d. dec. 335. nu. 15. & Rouit. in prag. 1. de fide memor. n. 12.* licet hodie pnouā *Prag.* fuerit hoc derogatū.

Vndè requirebatur Regia dispensatio ob lapsum temporis, nèc Proregis sufficiens erat; quia cum ipse non potuerat principalitèr assētiri ex de-
39 fectu potestatis, neq; poterat illum iàm pęnitùs annullatum, per dispensationem confirmare; Cùm actus dicatur à confirmante pręcipuè si actus iàm erat nullus, *ad text. in l. adoptio non iure facta, ff. de adopt. Bart. in l. more maiorum*, cæteriq; ibidem *de iurisd. omn. Iudic.* refert post *Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 10. num. 66.* in terminis *Reg. Rouit. in pragm. 1. de priuil. infrà ann. præsent. nu. 4. & de Ponte in consil. 3. num. 30. vol. 1.* vbi ait, quod hoc esset reuidere id, quod Rex ipse fecit ex suprema, & absoluta potesta-
40 te: Hinc practicari asserit, quod expediuntur supracartæ à Rege, per quas dispensatur huic temporis lapsui:

psui:idem *de Ponte in consil. 67. nu. 36. in fine*, & refert *Marcell. de Mauro allegat. 29. num. 1. & seq.* quæ ampliùs expediri non poterat, cùm res non essel integra per mortem vnius ex contrahentibus, & dominium illius feudi translatum in hæredem ex doctrina *Andr.* communi calculo recepta *in cap. imperialem in addit. nu. 15.* & optimè post *Fricciam*, & alios refert *de Ponte d. consil. 67. nu. 36. vol. 1.* quamuis hodie per nouellam *Pragmaticam* fuerit concessa facultas Proregibus, & Collaterali Consilio, vt temporis lapsui dispensare possint.

Hæc causa fuit deindè, dùm ageretur inter consanguineos, & affines, transactione finita.

SVMMARIVM.

1 *Creditor in pecunia non potest cōpelli nomen debitoris in solutum accipere.*

2 *Creditori inuito aliud pro alio solui non potest.*

..Nisi debitor pecuniam non habeat, & rei emptor non reperiatur.

3 *Dispositioni* Authenticę hoc nisi, *non posse renunciari tenuerunt nonnulli.*

4 *Beneficio cessionis bonorum renunciari non potest.*

..Etiam interueniente iuramento.

..At contra tenuerunt alij, quod possit renūciari dictæ Authenticæ hoc nisi, *præcipuè interueniēte iuramēto.*

..Imò etiam si expressè non fuerit renunciatum, sed solùm promissa solutio in pecunia iuramento interueniente.

5 *In dubijs quæstionibus sequenda est opinio in Regno, quàm amplexatum est Sac. Consi.*

..Quia in dubio sententia nomine Regis lata, facit ius.

6 Authētica hoc nisi, *nùm procedat in hærede cum beneficio legis, & inuentarij remissiuè.*

7 *Intellectus affertur* ad §. quod autē, auth. de fideiussorib.

8 *Iuramenti ius non potest obesse his, quibus iuratum non est.*

9 *Creditores posteriores nō possunt maius ius habere, quam ipse debitor habet, contra anteriores.*

10 *Curator patrimonij, non creditores, sed ipsum debitorem repræsentat.*

11 *Renunciatio debet intelligi rebus in eodem statu permanentibus, sed vide* num. 14.

12 *Iuramentum non obligat præcisè ad factum, quando illud impossibile est, vt præstetur.*

13 *Beneficio* Authenticę hoc nisi, *locus erit, etiam quod reperiatur emptor, si tamen iustū pretium non offerat.*

15 *Renunciatio etiam iurata non est extendenda ad casus insolitos, & inopinatos.*

16 *Limitatio debet esse de regula.*

17 *Beneficiū* Authenticę hoc nisi, *cessat quando adest emptor, qui iustum pretium offerat.*

..Etiam quod non fuerit cum iuramento renunciatum.

18 *Iurata renunciatio adhoc, vt aliquid operetur, procedit etiam si non reperiatur emptor, vel saltem non iustus in terminis* Authenticę hoc nisi.

19 *Exceptio licet non ampliet, nec comprehendat ea, quæ non sunt de genere regulæ: tamen non procedit quando aliàs exceptio esset inutilis.*

20 Decisio Dom. de Franch. 81. *affertur, & ponderatur.*

21 *Pretium rei venditę subhasta licet fuerit minùs sexta parte, non ideò poterit dici non esse iustum pretium.*

22 Auth. hoc nisi, *meliora corpora esse creditoribus ad eorum electionem tradenda, determinat.*

23 *Diuisio feudi prohibita est, & etiam Proregibus super ea assentiri prohibetur* per pragmat. 4. de feud. vulgò nomen capitum.

24 *Doctrina* Consiliarij Pascalis *occurritur.*

25 *Dispositio* Authenticæ hoc nisi, *locum non obtinet in feudis indiuiduis.*

..Etiam

.. *Etiam quod fieret adiudicatio totius feudi, vni ex creditoribus, qui alijs corresponderet.*

.. *Quia tùnc non esset dationem in solutum accipere, sed alium pro debitore habere, quod non disposuit* dicta Authenticæ.

26 *Dispositioni* dictæ Authenticæ, *locus non est, quando etiam creditor est inops respectu pecuniæ, licet non respectu bonorum, ità vt non valeat alijs correspondere creditoribus.*

ARGVMENTVM.

Authenticæ Hoc nisi dispositio, locum non habet, si reperiatur emptor, licet non iustum offerat pretium, stante præcipuè renunciatione iureiurando vallata.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXI.

1 Diocletianus, *& Maximianus Imperatores, in l.eum 16.C. de solution.* decreuerũt creditorem in pecunia non posse compelli nomen debitoris sui debitoris in solutum accipere, quia aliud pro alio

2 inuito creditore solui non potest, vt ijdem dixerunt *in l.manifesti iuris 17. C.eod.tit.* vbi hoc tantùm admiserunt consentiente creditore, vt aduertit ibi *Glos.in verb.consentiente, & Bald. & Salic.ibidem.*

At *Imperator Iustinianus in §.quod autem, auth.de fideiussor.* à quo sumpta est *Auth.hoc nisi, C.de solution.* illud limitauit in casu quo, debitor pecuniam non habeat, vel emptor rei immobilis non reperiatur, vt scilicet possit debitor, meliorem tamen rem creditori in solutum dare, subtili precedente extimatione: quam quidem legem, quamuis duram contra creditorem apparere affirmet, necessariam tamen fatetur: *Quia & si,* inquit: *Hanc non scripsissem legem, necessitatis tamen ratio ad hãc causam perduceret; si enim non sit idoneus pecuniarum debitor, nec vllus emptor sit, nihil aliud facturus erat, quam proprijs bonis cedere, & rursus res ad creditorem merito venirent, aurum percipere non valentem.*

Hinc magna orta fuit inter Doctores disputatio, nũ beneficio huius *Authentica* possit aliquo modo per debitorem renunciari.

3 Et pro negatiua sententia tenuerunt post *Iacob. de Bellouis. in §.fin.d. auth. de fideiussor. col.fin. versic. tertiò quaritur, Alexand.in consil.37. vol.2. Alciat.in l. 2. §. mutui datio, ff.si cert. pet. Ludouic.decis.Perus.64.par.2. Honded.consil.18.num.39.lib.1. Benintend. decis.28.* latè *Facchin.lib.10.contr.iuris cap.63.versic sed contrariam,* & latissimè *Genc.de censib.quæst.*

Et pro hac opinione satis vrgere videtur ratio, ab eodem Imperatore cõsiderata *in d.§.quod autem, Auth.de fideiussor.* dùm asserit, quod & si legẽ hanc non scripsisset, necessitatis tamen ratio, ad hanc causam perduceret: Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor, nec vllus emptor sit, nihil aliud facturus erat, quam proprijs bonis cedere, & rursus res ad creditorem merito venirent, aurum percipere non valentem. Ex qua ratione videtur colligi, quod æquiparetur hoc beneficium, illo cessionis

4 bonorum: & ideò sicut beneficio cessionis bonorum renunciari non potest, quia esset contra æquitatem, ne caro humana in carceribus marcescat, etiam interueniente iuramento, vt dicunt *Moderni Ariminenses in tract. de cession. bonor. 4.par. princ.q.34.* & tra-

& tradit etiam *Neuizan.consil.59.n.6. & Couarr.var.cap.1.nu.7.* & latè *Thesaur.decis.36. & Menoch.de arbitrar. casu 183. Carauit.super ritu 179. & Nouar. de dat. in solutum quaest. 13. à num. 13.* ità etiam non possit renunciari huic beneficio *auth.hoc nisi,* dùm per eam veniret debitor ad hanc etiam necessitatem, vt Imperator testatur.

At contrariam opinionem tenuerunt alij, praecipuè si iuramentum interueniat, *Cyn.& Salic.in d.auth. hoc nisi, Dec.Rip.* & caeteri *in d.l.2.§.mutui datio,ff.si cert.petat.* vbi latissimè *Bolognett.num.31. versic.praedicta tamen limitatio, Cotta in suis memor. in verb. solui non potest, Trentacinq. var.resol. lib.3. resol.36. sub num.4.* imò etiam absq; iuramento renunciationem valere, tenuerunt *Baez. de debitore inope cap.1.nu.99. & Guttier.de iuram.confirm.cap.29.per totum, Thesaur.dec.36. & decis.153.* vbi *num. 13.* fatetur secundum hanc opinionem semper iudicasse Senatum, *Barz.dec.Bonon.40. num.5.& decis.105.nu.16. & seq. Minad.decis.2. num.3.* & ità multum discusso articulo fuisse per totum S. C. Iunctis tribus Aulis decisum refert *Dom.de Franch.decis.81.* vbi alias consimiles decisiones adducit, & ità aduertit *Muscatel. in praxi S.C.lib.2. par. 3. glos. adiudicantur num. 32. & Consil.Pascal. de virib.patr.pot. par.2. cap.9.num.77.& 88.* & ad saturitatem *Dom.Reg.Rouit.in consil.18.per totum, & propriè nu.10.& seq.lib.1.* quod duplicatur *in consil.78.vol.1.* & latè etiã *Nouar.vbi sup.num.1.& seq.* nouissimè *Donad.de renunciat.cap.36.à num.16. cum seqq.*

Hinc sufficere dixerũt, etiam quod expressè hinc beneficio non fuisset renunciatum, sed tantùm promissa solutio in pecunia numerata cum iuramento, quia illud obligat praecisè ad factum, vt post *Alexand.d.cons. 37.num.27. vol.2. & Guttier. vbi sup. num. 5.* refert *Bertaz. de claus. instr. claus.41.glos.5.num.2.Thes.d.decis.153. num.4. Reg.Rouit.d.consil.18.num.10* & idem *Pascal.d.nu.88.* & post *Amesc. de pot.in se ipsum lib.2.cap.24.sub n.21.* & alios refert *Episcop. Ricc.in add. ad decis.de Franchis 81.*

Vndè cùm saltem dubius videatur articulus, sequenda videtur opinio, quàm S. C. toties amplexatum est, vt dicit *Afflict. in decis.190.in fine,*
5 & idem *Dom.de Franch.in d. decis.81. num.2.* & idem *in decis.90.num.5.* vbi quod in articulo dubio in Regno, sẽtentia Regia facit ius, vbi *addentes,* & & refert decisum *idem de Franch.in decis.238. num. 2.* & videtur aliquo modo decerni per *pragm.47. §. & si decreta de offic.Sac.Reg.Cons.* quamuis contraria opinio, multos etiam habeat sectatores, de qua etiam mentionem facit *Reg. Rouit. in pragm.52. sub num.1.eod.tit.de offic.Sac.Reg.Cons.*

Sed an procedat hoc etiam in haerede cum beneficio legis, & inuentarij, magna videtur controuersia in-
6 ter *Dom.de Franch.in decis.82.& Gizzarell.in decis.7.per totum,* de qua ad eos nos remictimus.

Attamen cùm de hoc latè disputaretur in S. C. in causa Io. Iacobi Cosso, cum eius creditoribus; praecedebat Curator eius patrimonij, cogendos esse creditores ad recipiendum bona in solutum, & praecipuè Terram Sancti Georgij de Molaria, dùm non reperiebatur iustus emptor seruata forma *d.auth. hoc nisi, C. de solutionib.*

Datis enim contractibus pro rescissis per D. Iacobum, & expeditis literis exequutorialibus, fuerat processum ad instantiam creditorum ad venditionem dictae Terrae, quae fuerat appretiata pro duc. 95.mil. & factis subhastationibus, & accensa candela remanserat pro duc.61 mil.longè minori sexta parte, quae in huiusmodi vẽditionibus admictitur, ideoq; cùm non reperiretur iustus emptor, locum fieri asserebat dispositioni *dicta au-*

Ma Authentica allegans doctrinam præceteris dicti *Consiliar. Pascal. de virib.patr.potestat.par.2.cap.9.*in allegationibus quas ibidem inseruit pro patrimonio quond.Comitis Montelæ *à num.*84 *cum seqq.*

At nos contrarium dicebamus ex prædictis; cùm Io. Iacobus specificè, in contractibus cum iuramento expresse renunciasset huiusmodi *Authentica* beneficio, promittendo etiã solutionem in pecunia numcrata, vndè nulla remanebat huic exceptioni locus ex supra dictis, & alijs adductis per *Nouar. in d.tractat. de dation. insolutum sect.* 3. *quæst.* 1. *num.* 4. nec videbatur multum vrgere ratio considerata per *Imperatorem in d.§.quod autem*, quoniam si motus fuit Imperator hanc legem condere ex quadam necessitate, vt ipse ait, quia si emptor non appareat, & debitor idoneus nõ sit pecuniam dare, nil aliud faciet, nisi bonis cedere, & sic ex necessitate bona ad creditores venirẽt, tamen non per hoc sequitur, quod creditores teneantur bona accipere in solutum, quia licet debitor cedat bonis, possunt tamen creditores, & præcipuè anteriores illa vendi facere pro pretio, quo vendi possunt, & ideò *Imperator* non se fundauit in pretio iusto, vel iniusto; quia benè sciebat quòd res tantùm valet quantum vendi potest; sed solùm si nõ reperiretur emptor; vndè cùm in hoc casu aderat emptor, licet non iustum pretium offerens videbatur non posse procedere decisio *dicta Authentica*, quinimò idem *Dom.Reg.Rouit.in d.cons.*18. *num.* 10.*lib.*1. eius fuit opinionis, vt *d.Authent.* locum sibi vendicaret stãte machinatione, & dolo creditorũ, qui terrerent, & abstraherent offerentes licitatores ab emptione, ex verbis *Imperatoris in d.§.quod autem*, ibi: *Ob hoc terrente adire volentes emptionem*, & alias etiam decisiones adducit: Et quamuis *Gizzarell. in suam dec.*7. vt contradiceret *Dom.de Franchis*, vt consueuit, videatur tenere contrarium; loquitur, tamen in hærede cum beneficio legis, & inuentarij, & in casu quo non fuerat huic *Authentica* cum iuramento renunciatum.

Nihilominùs vt etiam adductis per *Consiliar. Pascal.* satisfacerem, dicebam omnia per ipsum, vel alium, quicumq; fuerit allegata, minimè potuisse ad casum applicari.

Fundatur enim Primò ad euitandam vim iuramenti; quod hæc exceptio non opponebatur per ipsummet debitorem iurantem, sed per creditores posteriores; quibus iuramenti virtus non poterat obesse, quia ipsi non iurauerant.

8

Sed huic primæ rationi respondebamus, quod præterquam quod, ista ratio non fundabatur, nàm creditores posteriores non poterant maius ius habere, quàm ipse debitor fouebat, neq; poterant alijs, quàm illius iuribus experiri; & certũ erat, quod creditores posteriores tempore contractus inuenerunt bona debitoris affecta hipothecis creditorum anteriorum, cùm renunciatione beneficio huius *Authentica* iurisiurandi munimine vallata; vndè non poterant prætendere maius ius habere in bonis debitoris; quàm illud quod eo tempore acquisiuerunt, & consequentèr affectum hac renunciatione, tamen neq; applicabatur ad casũ, quia creditores omnes pro venditione instabant, neq; de huiusmodi exceptione opponebant, sed Curator patrimonij; qui non creditores, sed ipsum debitorem representabat.

9

10

Secundò dicebatur; renunciationem huiusmodi beneficio *Auth. hoc nisi*, esse intelligendam rebus in eodem statu permanentibus; secùs autem si quid inopinatum acciderit, ità vt impossibile fuerit pecuniam in numerato inuenire, tũc enim quia ad impossibile nemo tenetur, etiam quod adsit iuramentum; non videtur obliga-

11

12 obligatus debitor præcisè ad factū, ad quod allegat *Guttier. Parlador. Costam,& alios*: vndè cùm non inueniatur emptor, ità vt impossibile videatur alitèr pecuniam inuenire, cōcludit non obstante renunciatione iureiurando munita posse bona stabilia insolutum creditoribus etiam inuitis adiudicari. Quinimò etiam quod adfuerit emptor, si tamen iu-
13 stum non obtulerit pretium, habebitur ac si non esset, vt vtrumq; in proposito parificat *Parlador. lib. 2. quotid.cap.fin.par.5.§.17.num.24* post *Affl.in dec.358 & de Franch.d.dec.81. & Cost.de remed.subsid.remed.3.n.30.*

Nihilominùs ex pluribus hęc omnia in casu de quo disputabamus nō militare asserebamus. Etenim hoc axioma poterat fortè procedere in
14 simplici renunciatione, absq; iuramento, vt intelligatur rebus in eodem statu permanentibus; At quando vltrà renunciationem, & promissionem de soluēdo in pecunia interuenit etiam iurisiurandi religio, quę obligat præcisè ad factum, non poterit locum sibi vendicare, & ità loquitur, *Afflict.in d. decis.* 358. dùm agit quando venditur res in causam iudicati, *ad tex.in l.1.C.si in causam iudicati*, & ità intelligit etiā *Guttier.vbi supra*, docēs omninò valere renūciationem quādo interuenit iuramentū.

Sed quatenùs concederemus illud procedere, etiam stante iuramento, quia vt aliqui ex Doctoribus con-
15 siderant, non est extendendum ad casus insolitos, & inopinatos, non tamen casus insolitus, & inopinatus iudicari debebat, quando reperitur emptor, qui tamen iustum non offerat pretium: aliàs enim si hunc pro casu inopinato admictere velimus, numquam huiusmodi renūciatio locum obtineret, quod esset absurdum. Casus enim inopinatus in contingēti materia intelligendus esset quādo factis, & adhibitis diligentijs, emptor nullus compareret ex aliquo inopinato casu, pestis scilicet, terremotus, vel Belli in ipsa Prouincia, ità vt impossibile videatur habere pecuniam; quinimò neq; hoc esset admictendum ad instantiam ipsius debitoris, qui cum iuramento renunciauit, sed tantùm in beneficium posteriorum creditorum.

Conuincebatur hoc euidentissimè: Etenim prædicta *Auth. hoc nisi*, tùnc & eo casu, dationem insolutum locum habere determinat; quando debitor pecuniam non habet, nèc vllus reperitur emptor, vt expressius habetur in *d.§. quod autem, Auth. de fideiussor.* vndè sumpta est *d.Auth.hoc nisi*, ibi: *Si itaq; creditor paratus est præparare quendam emptorem; necessitatē habere debitorem hoc agere*: Et consequentèr dùm adest emptor videtur cessare huiusmodi *Auth.* beneficium: quod, *& Doctores* parificant idem esse quando adest emptor, sed iustum non offert pretium.

Sed limitant huius *Auth.* dispositionem communitèr omnes, vt diximus quando adest iurata renunciatio huic beneficio, & promissio soluendi in pecunia numerata. Vndè adhoc vt habeat locum hæc communis limitatio, debet intelligi secundum terminos regulæ, & sic quādo nullus adest emptor, vel non iustum offerens pretium, exceptio enim
16 debet esse de regula, *l. nàm quod liquidè, §.fin.ff. de penu legat.* aliàs esset derisoria, vt refert *Castr. in consil.70. pro pleniori num. 3. lib.1.* Si igitur volumus exceptionem hanc sublimitare, & intelligere, vt non procedat quando esset casus inopinatus, & insolitus; & illum casum exemplificare quando nullus adest emptor, vel non iustus, esset omninò destruere limitationem, & exceptionem, quæ numquàm posset verificari: Quando
17 enim adest emptor, qui iustum pretium offerat, cessat beneficium dictæ *Auth.hoc nisi*, etiam quod non fuerit cum iuramento renunciatum: Ideò

adhoc vt locum habeat, & aliquo casu verificari possit renunciatio cum iuramento, & limitatio: necessariò debet concludi, quod & si non reperiatur emptor, vel saltem non iustus,
18 nequeat, tamen debitor bona insolutum offerre, si cum iuramento renunciauerit, adhoc vt aliquod iurisiurandi religioni tribuatur, & ne inutilis prorsus sit iurata renunciatio; præcipuè cum adimpleri possit, absq; dispendio salutis eternæ, ad notata in *cap. cum contingat de iure iur.* ideò dixit *Surd. in decis.* 100. *nu.* 9. quod licet exceptio non ampliet, nec comprehendat ea, quæ non sunt de
19 genere regulæ, secundum *Roman. in cons.* 498. *in fine*, tamen hoc non procedit quãdo aliàs exceptio esset inutilis, quia tunc ampliat etiam regulam; & comprehendit etiam ea quæ non sunt de genere regulæ. Quantò magis igitur in casu contingenti, debent comprehendi ea quæ sunt de regula. Et propterea *Dom. de Franch.*
20 qui omnium melior, hanc pertractauit materiam, ad eruendam veritatem *in d. decis.* 81. posuit casum, quando nullus reperiebatur emptor, vel non iustus, vt colligitur in principio decisionis; & tamen concludit renunciationem suum operari effectum in his casibus; accedente iuramento, non obstantibus, quæ in contrarium adducebãtur quibus omnibus doctissimè occurrit, & ità vnanimitèr per S. C. vnitis tribus Aulis fuisse decisum affirmat, prout etiam anteà in alia causa creditorum quondam Comitis Sanctæ Seuerinæ fuisse decisum fatetur.

Quinimò in fine decisionis, dum de huiusmodi sublimitatione mentionem facit; scilicèt vt non extendatur in casu inopinato, & insolito, ex opinione *Ripa d. §. mutui datio*; vtitur dictione valdè inopinatus, & valdè particularis, ad demonstrandum, non debere intelligi in casu quando simplicitèr nullus adest emptor, vel non iustus, prout in figuratione, & propositione casus dixerat. Et nihilominùs asserit S.C. determinasse esse sic declarandum generalitèr; quia quando casus valdè particularis accidisset; tunc de eo esset habendã ratio, prout iuris.

Hinc etiam ità fuisse pluries practicatũ dicebamus: non ideò esse dicendũ pretium non iustum, & statim
21 veniendum ad insolutum dationem ex eo solo, quod oblatio esset minùs sexta parte; quia poterit esse, quod oblatio licet minùs sexta fuerit tamen infrà limites iusti pretij infimi nõ supremi; & ideò licet Terra Lauri fuisset appretiata pro duc. 300. mil. fuit tamen vendita pro duc. 150. mil. Et Ciuitas Casertæ appretiata semel, & iterum per totum S. C. in duc. 240. mil. fuit tamen vendita pro duc. 197. mil. contradicentibus etiã ac reclamantibus posterioribus creditoribus, qui in maxima pecuniarum quantitate exoludebantur: quantò minùs igitur debebat dispositio huius *Auth:* practicari in huiusmodi venditione Terræ Sancti Georgij, quæ licet appretiata fuerit pro duc. 95. mil. tamen ab appretio debebant deduci plusquam duc. 12. mil. ob diuersa introituum corpora, quæ non existebant, adeò vt deducta sexta, quæ semper in huiusmodi venditionibus subhasta deduci solet; læsio in modico cõsistere videbatur, & omnes penè creditores satisfieri poterant; & propterea dispositionem *d. Auth.* potiùs fuisse in perniciem creditorũ, si ità in practica deduceretur, dicebã, quod omninò abhorruit *Imperat.* dũ me-
22 liora corpora ad electionẽ creditorum esse tradenda in *d. Auth.* sanciuit.

Insuper versebamur in feudo indiuiduo, quod diuisionem nullo modo patiebatur, neq; creditoribus diuisim adiudicari poterat, absq; assensu Catholicę Maiestatis cum fuerit Proregibus assentire prohibitum
23 *per pragmat. 4. de feudis*: & tamen neq;

per

per Regiam Maiestatem fuit consuetum talibus diuisionibus assentiri ob nonnulla inconuenientia per eundē *Consiliar. Pascal. num.* 100. considerata vndè neq; talis insolutum datio poterat vllo modo practicari.

24 Neq; remedium illud ab eodem *Consiliar.* allatum in practica deduci poterat: *Doctores* enim per ipsum adducti loquuntur quando partes sunt concordes, secùs verò si discordes: *&* *Andr.* cæteriq; loquuntur in alio casu; Renuentibus igitur creditoribus, huiusmodi adiudicatio vni ex illis cum onere soluendi residuum exti-

25 mationis alijs creditoribus fieri nequit; quia non esset practicare terminos dationis insolutum iuxtà *Auth.* prædictam, sed accipere alium pro debitore inuito creditore, quod non dixit *Auth.* præcipuè cum damno illorum, nàm cum creditori correspondeatur ad rationem fortè 8. vel 9. pro centum, suscipiendo feudum acciperet fructus ad rationem trium, vel quatuor, præter damnum voluntaris, vt optimè considerat idem *Dom. de Franch. d. decis.* 81. *num.* 9.

Prætereà quando creditor est etiā inops respectu pecuniæ, licet non re-

26 spectu bonorum, tùnc nullo modo potest adstringi ad recipiendum bona insolutum, nec habet locum dispositio *dict. Autb. hoc nisi*, vt latè fundat idem *Nouar. de dat. insolut. sect. 3. quæst. 29. per totum*; vndè cùm in casu de quo disputabatur, nullus aderat ex creditoribus, qui pecuniā in numerato haberet pro emptione Terræ prædictæ pro concurrenti pretio, non poterat vllo modo cogi ad suscipiēdam illam insolutum, & alijs correspondere creditoribus, quia hoc esset magnum damnum emptori, qui vt diximus corresponderet ad rationem 8. vel 9. pro centum dùm ipse exigeret ad rationem trium, vel quatuor contra mentem *Imperatoris*, qui voluit quidem indulgere debitoribus, sed absq; damno creditorum,

& ideò non mirùm si in illa causa Comitis Loreti, de qua meminit *Pascalis* fuerit pro creditoribus decisum, vt adducit *Dom. Reg. Rouit.* qui in illa causa pro creditoribus allegauit *in consil.* 18 *in fine*, & latiùs duplicatur *in consil.* 78. *eod. vol.* 1. vbi alia refert inconuenientia, & adducit verba sententiæ S. C. relatæ per *Dom. de Franch. decis.* 81. Iunctis Consiliarijs trium Aularum, vt non possint cogi creditores accipere bona insolutum stantibus clausulis in Instrumento adiectis: prout etiam fuit decisum sub die 1. Martij 1625. referente meo Genitore in causa Ducis Carpignani, cum suis creditoribus in Banca de Spera.

Die 5. Octobris 1640.

Facta relatione in S. C. per Solertissimum Consiliarium Franciscum Antonium Muscettulam tùnc causæ Commissarium nùnc mæritissimum S. C. Decanum, cum interuentu Domini Præsidis fuit prouisum, quod consignetur possessio Terræ Sancti Georgij cum pacto de retrouendendo per biennium pro pretio duc. 62. mil. & sic non fuit habita ratio de datione insolutum prætensa per Curatorem patrimonij ex prædictis.

SVMMARIVM.

1 *Hæres in re certa, loco legatarij habetur.*

.. Ideò non tenetur ad onera, nec actione personali conueniri poterit.

.. Sed tantùm hæredes ex quota hæreditatis.

2 *Legatum legatario præcipuè soluendum est nulla habita ratione æris alieni.*

3 *Legatarius quotæ hæreditatis tenetur ad onera pro portione hæreditaria.*

.. Legatarius autem quotæ bonorum ad nihilum tenetur.

.. Nisi æs alienum adeò esset immensum, vt ex reliqua hæreditate exolui non posset.

..*Tunc enim etiam legatum erit pro rata extenuandum.*

4 *Legatarius quotæ bonorum integrum legatum consequi poterit, absq; aliqua æris alieni diminutione.*

..*Sed totum æs incumbit hæredi, sine vllo regressu aduersus legatarium.*

5 *In legatarium quota hæreditatis trãseunt actiones actiuè, & passiuè, adeò vt conueniri possit directò à creditoribus hæreditarijs*, ad tex. in l. si quis seruum 8. §. fin. ff. de legat. 2.

6 *Legatarius quotæ bonorum non poterit directò à creditoribus hæreditarijs conueniri, nec ad onera tenetur*, ad text. in l. cum autem 9. ff. eodem de leg. 2.

7 *Bona dicuntur deducto ære alieno.*

8 *Onera deducuntur à toto aceruo hæreditatis, & bonorum, & eius quod deindè superest datur quota ipsi legatario.*

9 *Intellectus* l. final. ff. de vsufr. legat. *ex pandectis florentinis.*

10 *Æs alienum semper in effectu deducitur à legato, licet diuerso modo à legato quotæ hæreditatis, quàm à legato quotæ bonorum.*

..*In legato enim quotæ hæreditatis diuiditur æs alienum inter hæredem, & legatarium.*

..*In legato autem quotæ bonorum non diuiditur, sed deducitur ante omnia à tota hæreditate.*

..*Vndè primò casu soluit legatarius, in secundo verò soluit hæres à toto aceruo bonorum.*

11 *Legatarius quotæ certorum bonorum puta mobilium, vel immobilium ad nulla tenetur onera, sed illa integrè pertinent ad hæredem.*

..*Quia hoc casu dicitur legatarius particularis certarum rerum.*

12 *Iura & actiones, & nomina debitorum connumerantur inter bona.*

..*At non veniunt sub appellatione bonorum mobilium, & immobilium.*

..*Sed constituunt aliam tertiam speciem distinctam.*

13 *In legato partis, totius debent ante omnia deduci onera.*

..*Secùs in legato partis alterius partis.*

14 *Legatum omnium bonorum mobiliũ, & burgensaticorum nùm dici poterit legatum quotæ totius, vel alterius partis.*

15 *Bona solent distingui in allodialibus, & feudalibus.*

16 *Bona allodialia, & feudalia subdistinguntur etiam, in bonis mobilibus, immobilibus, & nominibus debitorum, iuribus, & actionibus.*

17 *Iura & actiones possunt, tàm sub nomine allodialium, quàm feudalium contineri.*

..*Quia totum respiciunt patrimonium.*

18 *Iura, & actiones, nullo circumscribuntur loco.*

19 *Legatum bonorum vbiq; existentium compræhendit etiam iura, & actiones.*

..*Sed veritas est in contrarium, quia iura, & actiones in nullo omninò loco continentur.*

20 *Legatum etiam certarum rerum diminuendum est, si legitima debita vniuersali hæredi aliquo modo veniet minuenda.*

..*Quia legitima legatis non minuitur.*

ARGVMENTVM.

De differentia inter legatum quotæ hæreditatis, & bonorum circa onera persoluenda; & nùm legatum omnium bonorum mobilium, & burgensaticorum, dici possit legatum quotæ totius, vel alterius partis.

DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXII.

1 Æredem ex certa re, loco legatarij haberi decreuit *Iustinianus in l. quoties* 13. *C. de hæredibus instituend.* & ideò non teneri ad onera, nec actione personali posse conueniri decernitur; sed tantùm hæredes ex quota hæreditatis, vel in reliquo: quia ipsi ad hæreditaria onera, pro portionibus tamen hæreditarijs tenentur, *l. 1. C. si certum petat. & l. pro hæreditarijs, & l. creditores, C. de hæredit. actionib.* vbi *Creditores* Imperator inquit, *hæreditarios aduersus legatarios non habere actionem personalem conuenit; quippè cùm euidentissimè lex 12. tabularum, hæredes huic rei faciat obnoxios.*

Hinc dixerunt aliqui, legatarium quotæ bonorum non teneri ad onera, sed præcipuum legatũ ei esse soluendum nulla habita ratione æris alieni; ità in speciè adnotauit *Spino in speculo testam. glos. 8. in princ. tit. de legatis purè relictis sub num.* 20. *versic. videndum,* vbi allegat *Glos. in l. si quis seruum* 8. §. *fin. ff. de leg.* 2. & ibidem *Gualdens. Gomez, & Peraltam, & alios,* eam solùm faciens differentiam inter legatarium quotæ bonorum, & quotæ hæreditatis, vt hic teneatur ad onera tamquàm hæres, cùm in eo transeant actiones actiuè, & passiuè hæreditatis, adeò vt possit conuenire debitores, & conueniri à creditoribus ad instar fideicommissarij vniuersalis, *l. 1. ff. ad Trebell. Bart. in l. ex filio in fin. ff. de vulgar.* & cæteri per eundem, ille verò ad nihilum teneatur.

2

3

Vnum tantùm casum excipere videtur *Spino:* quando æs quidẽ alienum adeò foret immensum, quod ex reliqua hæreditate, vel bonis, quæ penès hæredem remanserunt exolui non posset, tùnc enim etiam legatum pro rata extenuandum arbitratur, vt ex illo etiam pro rata æs alienum soluatur; secùs tamen si ex hæreditate reliqua, commodè æs alienum satisfieri possit, tùnc enim legatarium quotæ bonorũ ad hæreditaria onera minimè teneri, sed præcipuũ legatũ sibi soluẽdũ affirmat, vt in *n. 26. vers. illud tamen,* vbi allegat *Emanuelem à Costa in cap. si pater par. 1. in verb. in bonis num. 2. Franc. Marc. decis. 321. Couarr. lib. 2. var. cap. 2. aliosq;* vt per eum, & huius etiam opinionis fuisse *Decium in consil.* 237. refert *Barry de success. in tit. de leg. lib. 9. de legat. bonor. num.* 18. *fol.* 394. vbi legatarium quo-

4 tæ bonorum integrum legatum consequi posse asseuerat, absq; aliqua æris alieni diminutione; sed totum incumbere hæredi, sine vllo regressu, vel recursu aduersus legatarium, & sic etiam sentire dicit *Simonem de Pratis de interpret. vlt. vol. lib. 4. interpret. 1. dub. 7. num. 8.*

Sed cùm de hoc ageretur in quadam causa cuiusdam Principis, cui per vxorem fuerat factum legatum, his verbis: *Item legauit N. eius coniugi, omnia iocalia, aurum, argentum, etiã manufactum, margaritas, pecuniam, mobilia cuiuscumq; sortis, & burgensatica in quolibet loco existentia, &c.* Fuit dubitatum an is diceretur obnoxius, & obligatus ad onera hæreditaria? an verò præcipuum deberet legatum huiusmodi capere, onere soluendi æs alienum ad filiam hæredem vniuersalem relicto?

Et dicebam, tres esse distinguendos casus. Primùm, quando quis est legatarius quotæ hæreditatis; & tùnc omnes concordant, huiusmodi legatarium teneri ad onera hæreditaria

5 pro rata; cùm in eum transeant actiones actiuè, & passiuè, adeò vt conueniri directo possit à creditoribus hæreditarijs hic est *text.* vbi *Glos. in d. l. si quis seruum* 8. §. *fin. ff. de legat.* 2. vbi *Paulus Iureconsultus* inquit. *Si cui certam partem hæreditatis legauero; Diuus Adria-*

Adrianus restripsit, vt neq; pretia manumissorum, neq; funeris impensa deduceretur, scilicet de parte legata, quia & legatarius subibit onera, imò etiam pretium manumissorum, & funeris impensam, nec erunt solius hæredis; quia vt dixit *Azon*, hoc denotat illud nomen hæreditatis, *ad text. in l. cum filius* 78. *§. Lucio Sempronio, ff. de leg. 2.* & tradit *Bart. ibidem*, & meliùs *in l. fin. ff. de vsufr. legat.* vbi etiam *Glos. in verb. multum interest*, & ibi etiam *Castrens, Spino vbi supra*, & optimè *Peralta in d. l. si quis seruum* 8. *§. fin. ff. de leg. 2.* & benè *Couarr. lib. 2. var. c. 2. in secunda conclusione.*

6 Secundus casus erit: quando quis
est legatarius quotę bonorum, & tūc
certum est non teneri ad onera, nec
posse à creditoribus directò conueniri,
cùm in eum actiones actiuè, &
passiuè minimè transeant, & ideò
nullum ex dictis oneribus legatarius
sustinebit, vt dixit *Viuian. in d. l. si
quis seruū, §. fin.* in figuratione casus;
*per text. in l. cum autem 9. ff. eod. vbi
Modestinus* ait, *Cùm autem pars bonorum
ità legatur, Bonorū meorū quę sunt
cum moriar dò; & manumissorū pretia
de medio deducenda sunt.* Attamen,
7 quia bona dicuntur deducto ęre alieno,
l. subsignatū, §. bona, ff. de verb. signif.
deducuntur priùs onera à toto aceruo
hæreditatis, & bonorum, & eius,
quod deindè superest, datur quota
8 ipsi legatario, vt deciditur *in d. l. cum
autem*, & dixit etiam *Venuleius in l.
fin. ff. de vsufr. legat.* vbi si fuerit legatus
vsusfructus bonorum; detrahet
9 hæres æs alienum de bonis testatoris,
& deindè vsumfructum constituet
legatario, & propterea in pandectis
Florentinis, non legitur, *multum interest*,
sed *nihil interest*, quia vt dicit
ibi *Glos. in d. verb. multum interest*;
10 parùm interest, quia vtrobiq; æs alienum
deducitur in effectu; nàm quando
sub vocabulo hæreditatis relinquitur,
non deducitur æs alienum,
sed diuiditur inter hæredem, & legatarium,
at quando sub nomine bonorum non diuiditur, sed ante omnia deducitur, *vt in d. l. si quis seruum, §. fin. cum seq.* & ideò dixit etiam *Castr. in d. §. fin.* quod hæc differentia inter vnum, & alium casum parùm affert vtilitatis, cùm solùm videatur esse differentia in modo soluendi, non autem in effectu; nàm idem videtur habere legatarius hæreditatis quam bonorum: Primò enim casu, quia diuiditur æs alienum; soluit legatarius, nàm pars illa hæreditatis cum sit etiam vniuersalis transit cum oneribus, & honoribus. Secūdò casu non soluit legatarius, sed hæres ex toto aceruo, & massa bonorum accipit, & soluit creditoribus, & illius quod superest partem legatario tribuit; & sic tantundem detrahitur per hæredem, quantum datur legatario hæreditatis vt ipse soluat: & ideò cōcludit vtrumq; esse obligatum oneribus hæreditarijs pro rata suæ portionis; solùm autem præcipuum, & vtile habebit legatarius partis bonorum, vt nequeat à creditoribus directò molestari; quia in eum non transeunt actiones actiuè, & passiuè.

Hanc autem *Castrensis* opinionem sequuntur omnes, vt latè tradit *Peralta* videndus *in d. §. fin. per totum*, & signantèr *sub num. 9. versic. obseruandum*, & eiusdem opinionis fuit additionator *Damnatæ memoriæ ad Decium in d. consil. 237. num. 3.* vbi ideò illum malè consuluisse affirmat, sequitur *Gualdens. in d. tit. de legat. cauth. 42. num. 4. Couarr. d. lib. 2. var. cap. 2. in 3. conclus. Angul. de meliorat. l. 5. glos. 5.* & cæteri communitèr quos refert idem *Barry d. num. 18. versic. contra*.

Et ideò ex his non videtur benè sensisse *Spino* vbi supra dùm indistinctè asseuerat legatarium quotæ bonorum non teneri ad onera, quia licet hoc verum sit, ad finem vt directè nequeat à creditoribus conueniri, attamen prius quam legatum

conse-

consequi possit, deducentur onera per heredem ex toto bonorum aceruo; & ità distingunt omnes per ipsummet allegati.

Tertius casus est, quando quis est legatarius quotę certorum bonorum non autem omnium bonorum, vel bonorum indefinitè, puta, si esset legatarius tertiæ, vel quartæ partis bonorum mobilium, vel immobilium,
11 tùnc enim nullo modo tenetur ad onera, sed illa integrè pertinent ad hæredem, nullo dato regressu aduersus legatarium; quia eo casu dicitur legatarius particularis certarũ rerũ, ità *Bart. & alij in l.1.§.si hæres ad Trebell.* & idem *Bart.* notabilitèr *in d.l. fin.ff.de vsufr.legat.* & communem dicunt *Couarr.d.lib.2.cap.2.in prima, & quarta conclus.Guald. d. auth.* 42. & cæteri quos allegat *Barry vbi sup. n.18. versic.certè*, & etiam tenuit *Dec. in consil.* 387. *per text.in l.æris alieni, C.de donat.* vbi *Imperator* inquit, *Æris alieni, quod ex hæreditaria causa venit, non eius qui donationis titulo possidet, sed totius iuris successoris onus est.*

Rationem posuit *Bart.* & clariùs *Couar. vbi sup.* quia legatarius inquit quotæ certorum bonorum, dicitur legatarius certæ rei, quem certum est non teneri ad onera; & ab eo non deducuntur cum non habeatur ratio æris alieni, quod remanet penès hæredem, vt probatur *in d.l.fin.* in vltima *parte, ff.de vsufr.legat. & in d.l.1. §.si hæres, ff.ad Trebell.* & communem dicit *Couar. vbi sup. in prima conclus.* & iterum *in 3. conclus. versic. & tamen*; quod secùs est in legatario quotæ bonorum simplicitèr, quia tùnc debent deduci onera à patrimonio, vt bona dici possit *d. l. subsignatum*, & proindè legatarius certæ partis bonorum mobilium, & immobilium; dicitur legatarius partis certorum bonorum, non bonorum om-
12 nium, & ideò non tenetur ad onera, nàm inter bona; adsunt etiam iura, & actiones, & nomina debitorum, quæ non veniunt appellatione bonorum mobilium, & immobilium, sed constituunt aliam tertiam speciem distinctam, *l. mouentium* vbi *Bart.ff.de verbor.signif.* tradunt *Ias.* & cæteri *in l.à diuo pio, §.in venditione, in 4.not.de re iud.* & latè *Tiraq. in l.si vnquam in verb. bona num.* 7. & sic adsunt bona, quorum pars non fuit legata, & remanent penès hæredem cum onere: Idcircò Doctissimus *Couar.in d.cap. 2. conclus.4. post Bartol.* illam constituit regulam, quod quã-
13 do quis est legatarius partis totius, tùnc debent ante omnia deduci onera; quando verò est legatarius partis, alterius partis, tùnc quia dicitur certæ rei, præcipuum debet habere legatum, nulla habita ratione de oneribus.

Ex his igitur videbatur posse decidi nostra quęstio; & videndum erat an legatum huiusmodi omnium bonorum mobilium, & burgensaticorum, dici possit legatum quotæ hæreditatis, vel bonorum, vel certarum rerum. Et quidem nullo modo dici posse aiebã quotæ hæreditatis, cuius nulla fiebat in legato, mentio: Solùm remanebat difficultas an pręsumi deberet legatum quotæ bonorum, vel certarum rerum.

Dubium faciebat; quia non fuerat legata pars bonorum mobilium, & burgensaticorum; sed fuerant legata omnia bona mobilia, & allodia-
14 lia, & consequentèr videbatur legatum quotæ totius, cum penès hæredem non remanebant nisi bona feudalia; quæ constituunt aliam partem bonorum: & sic potiùs dici poterat legatum quotæ omnium bonorum, quàm quotæ certorum bonorum; & proindè erant ante omnia deducenda onera per hæredem ex toto aceruo hæreditatis, & bonorum, & deindè quod superesset de illis bonis legatario tribuendum ex doctrina *Castrens.* & sequacium; Si enim fuisset legata pars dictorum bonorum mobilium,

bilium, & burgensaticorum, benè eo casu adaptari posset doctrina eiusdē *Bart. in d. l. fin. ff. de vsufr. legat.* quia remanerent feudalia penès hæredē, quorum nulla pars fuit legata, & sic esset legatam non quotæ totius, sed quotæ alterius quotæ.

Nihilominùs non inanibus rationibus ex aduerso prætendebatur legatum huiusmodi potiùs dici debere quotæ certorum bonorum, quam quotæ bonorum omnium; quoniam
15 licet bona distingui videantur, in allodialibus, & feudalibus, & ideò dùm relinquuntur omnia bona allodialia, videatur potius legatū partis
16 totius, quam certæ partis; Nihilominùs bona hæc quamuis allodialia, & feudalia, distinguntur etiam in bonis mobilibus, immobilibus, & nominibus debitorum, iuribus, & actionibus, quæ vt superiùs diximus tertiam quandam constituunt speciem; benè verum est, quod sub nomine allodialium venire etiam possunt iura, & actiones, & nomina de-
17 bitorum, illa tamen, quæ burgensatica sunt, cùm possint esse etiam feudalia, & sub illorum bonorum feudalium contineri, vt optimè dixit *Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 16. nu. 10. in fine*; quod nomina debitorum, iura, & actiones totum patrimonium respiciunt, & comprehenduntur sub nomine burgensaticorum, & feudalium.

Hinc dicebatur quod licet hic fuerint legata omnia bona mobilia, & burgensatica, non tamen dici poterant fuisse legata nomina debitorum iura, & actiones, quæ sub nomine bonorum mobilium certum est non venire, vt superiùs diximus, & licet possent comprehendi sub nomine burgensaticorum; attamen dicebatur in huiusmodi legato, non comprehendi.

Etenim testator primò legauit mobilia, illa specificando, videlicet aurum, argentum, pecuniam, margaritas, &c. deindè legauit burgensatica; ideò debebat fieri interpretatio, vt sub illo nomine, stabilia tantùm burgensatica intelligi voluerit, non autem nomina debitorum, iura, & actiones; quæ licet sub nomine burgensaticorum venire, & comprehendi possent; tamen dùm illa reliquerit post specificationem bonorum mobilium, videbatur intellexisse de immobilibus, non autem de nominibus debitorum, iuribus, & actionibus.

Hoc autem apertè fundare videbantur alia verba subsequentia, in quolibet loco existentia; quæ satis clarè demonstrabant sensisse de bonis burgensaticis immobilibus in quolibet loco existentibus, non au-
18 tem de iuribus, quæ nullo circumscribuntur loco, *ad text. in l. fideicommissum, §. tractatum de Iudicijs*, & *l. Caius 88. de leg. 2.* & latè fundat idem *Hartm. Pistor. lib. 1. d. quæst. 26. nu. 8.* vbi alios allegat.

Nec obstabat, quod in legato non describebatur certus locus, vt *in d. l. Caius 88.* vbi testator dixerat, in domibus meis paternis, in quibus habito: sed indefinitè in quolibet loco, quo casu videbatur comprehēdi iura, & actiones, vt per *Gulielm. de Benedictis in cap. Rainutius in verb. cætera bona num. 8. de testament.* quem refert *Tiraq. in l. si vmquam in verb. bona nu. 15.* vbi in specie asserit, quod
19 si relinquantur bona hic, & vbiq; existentia, veniunt iura, & actiones: Nàm veritas est in contrarium, iura enim, & actiones in nullo omninò loco continentur, & ideò etiam quod indefinitè describatur locus, & vniuersalitèr per verbum *quolibet*, & *vbiq;* non tamen veniunt, vt tradit optimè idem *Tiraq. de retract. lignag. §. 1. glos. 7. num. 25. & 30.* vbi nonnullos pro more allegat, & alios refert *Cardin. Tusc. lit. I. concl. 101. nu. 7.*

Et propterea cùm adessent in huiusmodi legato, bona, vltrà feudalia, quorum nulla dabatur pars, seque-

batur

batur non dici legatum quotæ totius, sed partis, quia cùm sub appellatione bonorum allodialium comprehenderentur etiam iura, & actiones, & nomina debitorum, noluit testator illa sub huiusmodi legato comprehendi, quia pro bonis burgensaticis intellexit de stabilibus, quæ circumscribuntur loco, & ideò licet reliquisset omnia bona burgensatica, non tamen fuit legatum vniuersale omnium bonorum burgensaticorum, sed partis illorum, quia iura, & actiones exclusit, & propterea dicebatur posse iure optimo defendi, legatarium huiusmodi non teneri ad onera secundum distinctionem *Bart.in d. l. fin. ff. de vsufr. legat.* fatebar tamen, esse deliberandum, an expediret legatario, hunc articulum intentare, & nùm magis ei expediens esset, iura & actiones sub huiusmodi legato non comprehendi, quam teneri ad onera pro rata bonorũ, quia cùm nomina debitorũ in magna essent quantitate, & onera non exorbitantia, meliùs esset teneri ad onera per contributum, quam huiusmodi disputationem circa iura, & actiones, & nomina debitorum excitare.

Illud tamen minimè prætereundum dicebam: quod si legitima filię, & hæredis vniuersalis aliquo modo veniret diminuenda, tùnc legatarius etiam certarum rerum teneretur ad onera pro rata: legitima enim legatis non minuitur: Et ideò calculanda prius erat legitima filiæ, quæ cum esset vnica, erat tertia totius, tàm in feudalibus, quàm in burgensaticis, & si deindè reliqua bona feudalia sufficerent pro solutione æris alieni poterat procedere opinio, quod legatarius certarum rerum non teneretur ad onera, aliàs deberet contribuere pro rata, vt ex *Bart.* reassumit idem *Decius in d. cons.* 237. quem sequitur etiam *Spino vbi sup. num.* 26. *versic. illud tamen.*

Hæc causa non fuit in iudicium deducta; quia defuncta filia in pupillari ætate, & absq; hærede legitimo in feudalibus; successit Regius Fiscus; cùm quo deindé legatarius trãsegit, & etiam feudalia obtinuit.

SVMMARIVM.

1 *Paragium debetur filiæ iure naturæ, quod tolli non potest.*
.. *Cùm successerit loco legitimæ.*
2 *In bonis sitis extrà districtum Ciuitatis Neapolis seruatur ius commune, & habet locum dispositio* Auth. defuncto, C.ad Sen.Consf.Tertyll. *vt fæmina succedat cum alijs.*
.. *Quod etiam procedit attenta dispositione* Constitut. Regni in aliquibus.
3 Constitutio in aliquibus, *vt fæmina excludatur à masculo cum onere dotandi de paragio habet locum in successione ascendentium, non autem Collateralium.*
.. *Nàm soror quamuis dotata admittitur, etiam quod esset dotata de eisdē bonis paternis in quibus frater successisset.*
4 *Hæreditas adita per filium non dicitur amplius paterna, sed filij.*
5 Constitutio *excludit fæminas à successione dotantis tantùm.*
6 *Fæmina in bonis intrà districtum videtur exclusa per* Consuetudinem sed si morienti, §. quod autem.
.. *Nàm appellatione fratris soror nõ continetur.*
7 Decisio Dom. de Franch. 24. *discutitur.*
8 *Soror dotata in materia* Cõsuetudinis *non succedit, vbi concurrit cum fratribus, vel fratrum filijs.*
.. *Licet secùs si sit sola.*
9 Consuetudo sed si morienti in §. quod autem, *non solùm habet locum in casu subingressionis, vt tùnc soror appellatione fratris non contineatur, sed etiam data paritate gradus, vt soror excludatur à fratre.*

10 *Do-*

10 *Dotatio unica sufficit in terminis* Cõsuetudinis *vt excludatur ab omnibus successionibus.*
.. *Quod secùs est de iure* Constitut. Regni, *quo iure debet esse dotata de bonis illius de cuius agitur successione.*

11 *Patre, vel matre existentibus in medio, non habet locum* Cõsuetudo: *sed succeditur secundum ius commune,* & Auth. defuncto, C. ad Sen. Conf. Tertyllian. *vt soror nimirũ vtrimq; coniuncta succedat sublata distinctione sexus.*

12 *Parentum existentia operatur, vt* Consuetudo *locum non habeat, nedùm in ipsorum beneficium, sed etiã quoad alios.*

13 *Frater consanguineus, vel vterinus de iure* Consuetudinis *admittitur simul cum vtrimq; coniuncto.*
.. *At matre existente in medio, tùnc quia habet locum ius commune non autem* Consuetudo, *succedet tãtùm vtrimq; coniunctus excluso consanguineo, vel vterino.*

14 *Incongruum non est, quod quis ex alterius persona consequatur id, quod ex propria persona habere nequit.*

15 Cõsuetudo *satis est, quod operetur in casu simplici, non autẽ in casu mixto.*

16 Consuetudo *cessat patre, vel matre existente in medio in eorum tantùm beneficium, non aliorum.*
.. *Ideò soror non succedit cum matre, prout de iure communi succederet.*

17 *Ponderantur verba* Consuetud. in S. quod autem.

18 *Soror quotiescumq; admittitur ad successionem patris, vti masculiata, non excluditur à successione fratris; quia habetur vti masculus.*
.. *Quod benè comprobatur per doctrinam* Napodani.

19 *Soror si non est dotata, habere dicitur partem, & non excluditur à successione fratrum.*

20 *Soror in Regno regularitèr admittitur, sed dotatione excluditur.*

21 *Soror non per hoc, quod indotata reperiatur tempore mortis fratris, erit ad successionem admittenda; sed ità demùm si fuerit masculiata.*
.. *Quod ex contextu* Cõsuetudinis *comprobatur.*

22 *Soror non dicitur habere actionem ad partem successionis, ex eo solùm quod frater non eam maritauerit.*
.. *Nàm sufficit quod fuerit paratus illam maritare.*
.. *Nisi requisitus illius distulerit nuptias.*

23 *Sola existentia in capillo, non est sufficiens ad admittendam sororem ad successionis partem.*

24 Cõsuetudo *dùm de successione transuersalium agit, vocat tantùm fratres, fratrumq; filios, nèc sorores nominat.*

25 *Masculiatio sola habilitatem in sororem inducit ad succedendum.*

26 *Portio debita sorori ob moram fratrum, transmittitur ad eius hæredes.*

27 *Patre relinquente paragium filiabus si fratres eas maritare distulerint tempore nubilis ætatis, dicuntur masculiatæ, & vti masculi succedere possunt.*

28 *In Collateralibus non est statutum tempus, quo fratres debeant sorores nuptijs tradere.*
.. *Sed quamprimum potuerint.*

29 *Soror adhoc, vt ad successionem tamquàm masculus admittatur, non sufficit non fuisse maritatam, etiam dote à patre legata.*
.. *Sed necessaria est requisitio, & interpellatio.*
.. *Et quod decimum sextum ætatis annum excesserit.*

30 *Mulier dotata dicitur, quæ habet dotem promissam secundum aliquos.*

31 *Prouisio hominis facit cessare prouisionem legis.*

32 *Mulier etiam, quod dotem promissam habeat, poterit masculiari, si requisiti fratres eam maritare distulerint.*

33 *Testator filios non habens poterit tantùm de medietate bonorum antiquorum*

rum sitorum in districtu ad libitum disponere.

Reliquam verò medietatem ad agnatos, & cognatos intactam debet relinquere.

34 *Parentes per nouum vsum Capuanæ, & Nidi, pactione, & renunciatione excluduntur.*

Ità vt neq; ab intestato, neq; ex testamento valeant succedere.

Nec filias illis legitimam relinquere tenentur.

35 *Parentes, dicta renunciatione non obstante possunt à filijs institui secundum cauthelam* Stephani de Gaeta.

Quod tamen intelligi debet dummodò non fraudentur agnati, qui aliàs ex dispositione Consuetudinis *succederent.*

ARGVMENTVM.

Soror indotata, an possit fratri succedere vna cum fratre, vel matre; vel requiratur masculiatio, ad intellectum *Consuetud. Sed si morienti in §. quod autem.*

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXIII.

IN sessione habita inter Aduocatos qu. D. Bernardini de Cardines in causa inter ipsũ vertẽte; vti cessionarium qu. Dianæ de Cardines eius neptis; & D. Beatricem Tuttauillam matrem D. Dianæ vti hæredem D. Ferdinandi, & D. Pompei de Cardines eius filiorum coram Doctissimo Consiliario D. Francisco Salgado: de pluribus fuit disputatum.

Primò: circa legitimam siuè paragium prædictæ D. Dianæ debitum super bonis D. Francisci patris, in
1 quo nullum aderat dubium, cùm deberetur iure naturę, quod tolli non poterat *l. omnimodò cum concord. ff. de inoff. test am.* cùm successerit loco legitimæ, vt dicit *Andr. in Constitut. In aliquibus col. 9. versic. sed hoc paragium, & versic. vndè quantum est*, & refert *Anna in consil. 6. num.* 10. *lib.* 1.

Secundò, in quo maius erat dubium; circa portionem competentem D. Dianæ super bonis, & hereditate quondam D. Ferdinandi fratris vtrimq; coniuncti, ab intestato, & sine filijs defuncti, existentibus tàm extrà, quàm infrà districtum Ciuitatis Neapolis: Et quidem respectu bonorum existentium extrà districtum videbatur adhuc esse sine scrupulo;
2 seruatur enim in his dispositio *Auth. defuncto, C. ad Senat. Conf. Tertyllian.* vt refert in puncto *Napod. in Consuet. Si moriatur in princip. in verb. facultates num.* 83. *fol.* 102. vbi tradit, quod in bonis extrà districtum seruatur ius commune, vt fœmina succedat cum alijs, & refert idem *Napod. ibidem in verb. maternis n.* 96. *fol.* 104. vbi etiam *Capic. in addit. incip. nota igitur regulam fol.* 124. *& in decis.* 159. & refert *Anna pater in allegat.* 70. *num.* 48. *vers. sed ne diutius*: Quinimò & hoc similitèr procedit attenta dispositione *Constitutionis Regni In aliquibus*, qua
3 disponitur, filias à successione patris, existentibus masculis esse exclusas, dummodò dotentur de paragio; sed non à successione fratris, in qua etiam soror quamuis dotata admictitur, nec haber locum *Constitutio*, licet fuisset dotata, de eisdem bonis paternis, in quibus frater successisset; Adita enim hæreditate per fratrem, non amplius dicitur hæreditas
4 paterna, sed fraterna, & proprium fratris patrimonium, *l. sed si plures, S. filio*

filia impuberi, ff. de vulgar. latè *Anna in d. allegat.* 70. *num.* 33. *cum seqq.* & refert ex communi decisum *Dom. de Franchis in decis.* 171. *per totum*, & ante eum *Afflict.* quē ipsemet allegat, & declarat *in decis.* 178. *in tertio dubio*, quia *Constitutio* excludit fœminas à successione dotantis tantùm, vt
5 dicit *Andr. in c.1. col. 5. in fine de natur. success. feud. & in d. Constitut. In aliquibus col. 2. super verb. maritata, & col.* 10. & idem *Anna allegat.* 81. quod multò faciliùs procedebat in nostra hipothesi, in quo D. Diana soror, adhùc in capillo existebat tempore delatæ successionis.

Respectu verò bonorum existentium in districtu, videbatur D. Diana
6 debere excludi per *Consuetud. incip. Sed si morienti*, vbi in *versic. Quod autem*, dicitur: quod in præmissis appellatione fratris soror non continetur,
7 & ideò *Dom. de Franch. in decis.* 24. *num.* 13. ad quam in his terminis se remiserat *in d. decis.* 171. *in fine* fatetur: quod soror excluditur; licet in casu dictæ decisionis fuerit admissa, quia soror erat vltrà præmissa, & in vlteriori gradu, quę nō cōprehendebatur in Consuetudine: & propterea cùm in hoc casu eramus in terminis *Consuetudinis* fœmina soror erat repellenda à successione fratris in bonis existentibus infrà districtum, vt videtur etiam sentire *Napod. in d. Cōsuetud. Sed si morienti in verb. filia, & in verb. neptes num.* 271. *& seq.* vbi explicat si sunt solæ, nàm si essent admixtæ cùm masculis, masculi ipsas excludent, & meliùs *in §. quod autem in verb. paratum num.* 302. *vers. patet*
8 *ergò*, vbi ait quod soror dotata non succedit vbi concurrit cum fratribus aut fratrum filijs.

Et quamuis replicaretur *Consuetudinem* prædictam *Sed si morienti, &*
9 *d. §. quod aut.* non loqui in hoccasu, data scilicet paritate gradus, sed in casu subingressionis, vt tùnc appellatione fratris soror non contineatur; tamen dicebam quod etiam in gradu dispari, illā sic sunt interpretati nostri *Addentes*, ad dictas *Consuetudines*, vt aduertit *Pisanell. in d. Consuet. Sed si morienti sub num.* 268. *incip. vide*, vbi allegat *decisionem Capic.* 159. in qua fuit exclusa soror à fratre carnali in successione alterius fratris, quamuis essent in pari gradu, licet consuetudo videretur loqui quando concurreret frater cum nepte ex alio fratre præmortuo, & videtur etiam sentire *Stephan. de Gaeta in apostill. ibidem incip. sed quæro in fine*, & idem Capic. pro absoluto posuit *in d. decis.* 159. *in princip. & in addit. ad cons. si moriatur fol.* 69. *incip. ad hanc Consuetudinem, versic. an autem maritata*, & latiùs *Dom. de Franch. in decis.* 87. *in princip.* & conferunt allegata per *Annam in alleg.* 81. *&* 117. *num.* 11. quia secun-
10 dum ius consuetudinarium vnica dotatio sufficit, vt ab omnibus successionibus excludatur, & in hoc differt à Iure Constitutionum quo iure debet esse dotata de bonis illius de cuius successione agitur, aliàs non excluditur, & ità etiam fuit decisum in illa causa Marchionis Vallis contra dictam allegationem *Annæ* 81. & conferunt etiam notata per eundem *Pisanel. in addit. incip. sentit Napodan. fol.* 155.

Sed addebatur; quod quatenùs ista procederent, non tamen poterant locum obtinere, stante existentia matris; qua quidem in medio existente, non habet locum *Consuetudo*, sed succeditur secundum ius com-
11 mune per *Auth. defuncto, C. ad Senat. Cons. Tertyll.* quo iure succedit etiam soror vtrimq; coniuncta sublata distinctione sexus ex multis allegatis per eundem *Ann. in d. alleg.* 117. *n.* 13. *& seq.* & præcipuè ex *Napodan.* in pluribus locis, & in specie *in Consuetud. Si quis, vel si qua num.* 132. *in fin. &* 186. & ante eum tenuit *Andr. in rubric. de natur. succ. feud. nu.* 6. *&* 7. & refert post *Vrsill. in decis. Affl.* 38.

sub

*sub num.*1.*Reg.Rouit.in consil.*28.*nu.*1. *lib.*1. *& in q. impressa post commentaria ad pragm.nu.*1.*Anna consil.*2 *n.*16. *& consil.* 129. *num.*3. *Capic.decis.*210. *num.*1. *Minad. decis.* 38. *num.*1. *&* 3. *Reg. Reuerter. in discurs. post Consuet.* qui dicit hoc esse sine dubio *Dom. de Franch. in decis.*91. 486.537. *&* 543. *num.*4. *&* 606. optimè *Consil.Theod. allegat.*1.*sub nu.* 28. *& Caput.ad Consuet.*§.3.*de personis nu.*21.*&* §.9.*n.*8.

Quod adeò verum est, quod hoc procedat non solùm quoad matrem, vel patrem tantùm, vt scilicet *Consuetudo* non habeat locum patre, vel matre existente in medio in eorum
12 dumtaxat beneficium: sed etiam quoad alios, ità vt quoad omnes attendatur ius commune: ità in specie adnotauit idem *Anna in d.alleg.* 117. *sub num.* 14.*versic. nec obstat*: quia *Napod.* in locis prædictis non simplicitèr docuit, matre existente in medio, non habere locum Consuetudinem, sed dixit habere locum ius cōmune; si igitur habet locum ius commune, ergò in omnibus debet intelligi, quia indefinitè loquutus est, & consequentèr succedet soror, quæ de iure communi, ad successionem admittitur.

Ad quorum corroborationem etiā dicebatur, hoc decidi per duos eximios Iureconsultos *Antoniū*, nempè *de Alexand.* & *Io. Angelum Pisanellum*, vt habetur *in addit. ad d. Consuet. num.*242.*fol.*145.*in addit. incip. de iure istarum Consuetudinum, & in add.incip. in libro Dom. Anton.de Alexandro*; qui fatentur quod si mater est in medio, & superst frater vtrimq; coniunctus, cùm altero fratre cōsanguineo, vel vterino; qui omnes secū-
13 dum Consuetudines ad successionem vocantur; tamen quia existentia matris facit, vt non habeat locum consuetudo, sed attendatur ius commune, succedet eo casu mater, & frater vtrimq; coniuctus tantùm, excluso fratre consanguineo, vel vterino; qui de iure communi per *d. Auth. defuncto* excluditur; & ità etiam fuisse iudicatum per S.C. testantur, sicut etiā videtur tenere *Thom.Naucleriur*, quē suū præceptorem appellat *D.de Frāch. in addit. ad d. Consuet. fol.* 10. *post Consuet.in add.incip. in eadem Consuetud.circa finem, versic. ex ijs infero.*

Et in casu cōtingenti, quod soror, quæ de Consuetudine excluditur, nō excludatur matre existente in medio, quæ facit cessare Consuetudinem, & recurri ad ius commune, dixit *Anna in d.allegat.*117.*in d. nu.*14. *versic.nec obstat*, quia vt dicit ipse nō est nouum, quod quis habeat ex per-
14 sona alterius, quod non habet ex sua, ex *Napod.in Consuet. si moriatur in verb.solum nu.*15. *& seq.* præcipuè quia, vt considerat *Minad.in d.dec.*38. satis est, vt *Consuetudo* operetur in casu simplici, & sic excludendo so-
15 rorem quando concurrit cum solis fratribus, non autem in casu mixto, quando concurrit etiam cum matre, vel patre, & fratribus.

At ego dicebam contrarium fuisse passim decisum, vt refert *Dom. de Franch.in decis.*92. *& dec.*486. & præcipuè non parum videbatur obstare decisio eiusdem *Napod. in d.Consuet. Sed si morienti in verbo neptes nu.*272. *vbi in versic.& idem dico* expresè determinat hanc quæstionē: dicit enim quod si quis decessit superstite matre, & nepote, & nepte ex fratre vtrimq; coniuncto; succedit sibi mater, & nepos tantùm, ex quo neptis est exclusa per hanc *Consuetudinem*; ergò etiā existente matre, non succedit soror, quę succederet de iure communi per *d.Auth.defuncto*; quia cessat Consuetudo in beneficium matris, & patris tantùm, & quoad eos dūtaxar habebit locum ius commune, & latissimè omnium comprobat *Reg. Consiliar. Andr. Prouenz.* hanc consuetudinariā materiam optimè callens in eius obseruationibus nuper in lucem editis, quamuis ob eius subsequutum obi-

dùm si habuisset partem, sed etiam si habere debuisset de iure; sed soror non dotata non debet habere partem de iure in bonis parentum, nisi paragium; sed illa solùm debet habere partem, cuius elapso 16. anno fuerunt per fratrem protelatæ nuptię; & sic habet actionem ex mora fratris ad successionis partem vti masculiata: & propterea erat videndum in hoc casu, an D. Diana fuerit masculiata, vel haberet actionem, vt masculiaretur; aliàs simplex qualitas indotationis, & existentiæ in
22
23 capillo non sufficiebat, vt fuit iudicatum in illa causa Ducis Montisalti, vbi contra *Annam in d. allegat.* 117. fuit decisum, non obstante quod D. Isabella fuisset in capillo, vt dicit idem *Anna num.* 11. ea ratione, quia *Consuetudo* non loquitur in dotata, sed dicit, cum fratres habeant ipsas maritare, vndè videtur sufficere, quod frater paratus sit eã adueniẽte tempore dotare; ideò idem *Napod. in Consuet. Si qua mulier, versic. fratribus vtrimq; coniunctis num.* 11. dicit: *Soror ergò non adibit hereditatem pro portione sua, cum accreuerit fratri suo parato ipsam maritare*: & paulò post, *accrescit fratri volenti maritare.*

24 Et ideò non sine ratione *Consuetudo in d. §. quod autem*, dùm agit de successione trãsuersaliũ, nominat fratres, & filios fratrum, & deinceps, sed non nominat sorores, quia in eodem *tex. in §. sed si morienti*, dat rationem
25 exclusionis, quia fratres ipsas habent maritare, vt superiùs dictum est; Sola igitur masculiatio habilitatem in sorore inducere poterit ad succedendum, vt eadem *Consuetudo in d. versic. præterquam*, determinauit, & ità declarare videtur *Antonius de Alexandro in add. ad dictam Consuet. in verb. habuisset lit. B. nu.* 301. *fol.* 158. *incip. hic loquitur. Friccia ibid. in add. incip. nota fol.* 159. *& Capic. in decis.* 159. *in princip.*

Videndum erat igitur an D. Diana fuerit masculiata, ità vt habuerit actionem ad partem successionis, vt *Napodan.* docet, & in hoc dicebatur D. Dianã ex pluribus habuisse actionem ad partem successionis vti masculiata, quoniam certum erat nedùm fratres distulisse illam maritare, & excessisse decimumsextum ętatis annum, vt requiritur, sed remansisse indotatam, & in capillo, vsq; ad mortem, quo casu dicebatur deberi ei ista portio; quæ in nuptura ad eius
26 hæredes transmictitur præcipuè stãte mora ipsorum fratrum, vt latè refert *P. Molfes. in comment. ad Consuet. par.* 4. *quæst.* 15. *num.* 12.

Addebatur etiam, quod D. Franciscus pater in eius testamento relinquerat istis filiabus paragium, & dotem eis de iure debitam; quo casu si
27 masculi distulerint eas maritare tẽpore nubilis ætatis, quia in Collateralibus, non est statutum tempus, quo
28 debeant illas nuptui tradere, vt dicit *Napodan. in Consuetud. Si moriatur in verb. in stirpem, versic. nono est hoc ius, & Apostill. in d. Consuetud. Sed si morienti incip. quoad successionem fol.* 158. sed quam primum poterunt, vt refert *Dom. de Franch. in decis.* 500. *num.* 3. *& idem P. Molfes. d. par.* 4. *q.* 5. *num.* 5. dicuntur masculiatæ, & succedunt vt masculi, in puncto refert *Camill. Salern. in d. Consuetud. Si moriatur in addit. incip. ad hanc Consuetudinem in princip. fol.* 72. vbi sic decisum refert per S. C. in causa Magnificæ Visagię Longhę contra Thomam de Rubeis, faciunt notata per *Anton. de Alexandro in addit. fol.* 158. *incip. hic loquitur, & Fricc. in addit. incip. nota d. fol.* 159. & videtur approbasse *Dom. de Franch. in dec.* 412. *vers. hinc sumpta occasione*, vbi sic decisum refert, & idem *P. Molfes. d. par.* 4. *q.* 2. *nu.* 1. idcircò dicebatur, omninò esse admictendam ad partem successionis vti masculiatam, quod etiam latè probauit idem *P. Molfes. d. par.* 4. *quæst.* 9.

Sed dicebam ego; non esse sufficiens, adhoc vt soror dici possit masculiata, quod non appareat fuisse
29 maritatam, & dotatam; sed necessarium erat, ostẽdere quod fratres post mortem patris fuissent requisiti, & interpellati à sorore, vt ipsam nuptui traderent, & fuisset elapsus decimussextus ætatis annus, vt ex verbis eiusdẽ *Consuetudinis* apparet ibi *differentibus*: & ità *Napod. in Consuet. Si moriatur in verb. ipsius successoribus, & in verb. differrent.* optimè *Affl. in decis.* 159. *num.* 2. & latiùs *in decis.* 370. *in secundo dubio num.* 7 *&* 10. vbi sic decisum per S.C. affirmat, & post *Gaspar. de Leo, Pisanel. Buccin. & Naucler.* docet in puncto *Dom. de Franch. in decis.* 412. *num.* 4. vbi non sufficere asserit, non apparere sororem fuisse dotatam, & maritatam, sed esse necessariam interpellationem ad finem includendi sororem vti masculum ad successionem, & quod ità intelligitur *Napodan. in verb soror*, in contrarium allegatus, & ità fuisse etiam in proprijs terminis decisum dicit *Pisanel. in d. Consuet. Sed si morienti, in verb. quod autem fol.* 156. *in addit. incip. pone quod soror*, & quod requiratur omninò interpellatio, siuè iudicialis, siuè extrà iudicialis, latissimè post *Molfes. Caput. & alios*, comprobat idem *Consiliar. Prouenz.* nuper editus *in Consuet. Si moriatur obseru.* 32. *per totum*, & in specie *nu.* 8. *&* 9. vbi parùm iuuare asserit, quod fuerit mortua soror non dotata, si non doceatur de interpellatione, & *obser.* 23. *cum seqq. & D. Reg. Latro dec.* 125.

Nec multum facere dicebam, quod fuerit instituta per patrem in dote, cùm adhùc in hoc casu erat necessaria interpellatio; & ità intelliguntur omnes Doctores superius allegati, neq; quæstio fuit super hoc; sed super alio; quia dicebatur hoc casu non dari masculiationem in beneficium sororis: ex eo quia dùm
30 pater instituisset eam in dote, & sic habebat legatum, dici poterat dotata, & tamquam dotata, non poterat prætendere masculiationem, quia secundum aliquos, mulier dotata dicitur, quæ habet dotem promissam, seù constitutam in testamento, vt declarat post alios *Tiraq. de retr. conuent. glos. fin. num.* 38. vbi citat *Andr. in cap.* 1. *col.* 5. *num.* 21. *versic. videtur quod promissio de nat. succ. feud. & Afflict. in decis.* 61. & refert *Vrsill. in d. decis.* 370. *num.* 4. *versic. & maximè*, & ideò dùm aderat legatum, & sic prouisio hominis, debebat cessare prouisionem legis, vt argumentabatur *Dom. de Franch. in d. decis.* 412. At quia saltem de æquitate mulier debet habere dotem actualitèr, vt concludit idem *Andr. vbi sup.* & hoc casu viget etiam ratio moræ, & culpæ fratris in differendo maritare sororem, imò maior culpa, dùm erat certum paragium: ideo concludunt om-
32 nes, quod etiam hoc casu mulier soror possit masculiari; sed intelligitur cum necessarijs requisitis, & in specie interueniente interpellatione, aliàs neq; constituetur in mora frater; quia poterat credere sororem nolle nubere, & ità in puncto dixit *Vrsill. in d. decis.* 370. *sub num.* 4. *vers. verum hic quæro*, vbi ponit quæstionem, quando pater reliquisset dotem filiæ in testamento, & fratres ab ea interpellati, seù requisiti, eam non dotassent, quinimò ipse tenet, quod requiratur fratris potentia, & negligentia post interpellationem; quia in dispositione sẽper inter alia intelligitur si potero; & propterea semper erit necessaria requisitio, & interpellatio ad finem, vt tamquàm masculus soror ad partem successionis admitti valeat, & ità videtur sentire etiam *Dom. de Franch. in d. decis.* 412. *versic. Hinc sumpta occasione*, dùm allegat *Vrsill. ad d. decis. Afflict.* 370.

Fuit etiam dubitatum quid dicendum circa portionem bonorum antiquorum sitorum in districtu reman-

sorum

forum in hereditate quond. D. Pōpei de Cardines similiter fratris vtrimq; coniuncti: qui decesserat relicta sibi hærede vniuersali ex testamento predicta D. Beatrice Tuttauilla matre: Et dicebatur per *Consuetud. Et si testator*, statutum esse, testatorem filios
33 non habentem posse de bonis paternis, & maternis sitis intrà districtum pro medietate iuxtà voluntatis arbitrium disponere, reliquam verò medietatem ad agnatos, & cognatos intactam debere relinquere, & licet patre, vel matre existente in medio nō habeat locum *Consuetudo*, vt diximus, tamen quando matrimonium fuit contractum secundum nouū vsū
34 Capuanæ, & Nidi, quo attento pater, & mater ex pacto renunciant successioni filiorum quandocumq; ab intestato morientium, & consequentèr pactione huiusmodi, ex dispositione dictæ *Consuetudinis* firmata, excluduntur, non habet locum limitatio, vt patre, vel matre existente in medio non procedat *Consuetudo*: quia stante renunciatione prædicta habētur tamquam extranei, adeò vt, neq; ab intestato, neq; ex testamento valeant succedere, nec filius tenetur eis legitimam relinquere, quia habentur promortuis, & ac si non adessent, vt dicit *Fricc. in addit. ad Consuet. Si quis, vel si qua sub num.* 182. *incip. nota ista*, & reassumit *Consiliar. Prouenz. obseru.* 25. *num.* 12. *fol.* 182. post *Capyc. in decis.* 210. *circa finem*, de qua meminit *de Bottis in addit. ibidem incip. Ibi: Sed quid in patre fol.* 124. *& Anton. de Alex. in add. incip. & nota fol.* 127. & latè *P. Molfes. par.* 4. *quæst.* 29. *nu.* 17. *&* 17. *&* 26. vbi sic concludit post *Dom. de Franch. in decis.* 552. *num.* 7. *& seq.*

Et quamuis dicta renunciatione, & pactione non obstante possit pater, vel mater institui per filium secun-
35 dum consilium, & cauthelam *Stephan. de Gaeta in add. ad Consuet. Filius fam. incip. licet ergò hodie fol.* 189. vbi dicit, quod in casu contractationis matrimonij secundum nouum vsum Capuanæ, & Nidi pater, vel mater faciant filium testari, & sese hæredes institui, quia tùnc cessabit pactum, & renunciatio, prout etiam decisum refert *Camill. Salern. in add. ibidem incip. referente Dom. Minadois fol.* 188. & & idem *Minad. decis.* 26. *&* 38. vbi sic decisum refert in causa Ioannellę de Orilia, & probat etiam idem *Dom. de Franch. in d. decis.* 552. *& num.* 22. *& decis.* 537:

Attamen hoc benè procedere poterit, dummodò non fraudētur agnati, qui aliàs ex dispositione *Consuetudinis* succederent; quia institutio solùm fieri potest in præiudicium illarum personarum, quæ non possent ab intestato cum parentibus succedere illa ratione, quia cùm ipsi parentes ab intestato illos agnatos, vel cognatos excluderent, licet per renunciationem secundum nouum vsum succedere non possent, sublata renunciatione per institutionem factam per filium, in cuius beneficium erat concepta renunciatio, benè etiam excludere poterunt illos agnatos, & cognatos: sed non poterit institutio fieri in præiudicium illorum, qui per has *Consuetudines* simul cum parentibus ipsi filio succederent, vt optimè considerat *P. Molfes. d. par.* 4. *quæst.* 46. *num.* 34. quia vt diximus existentia parentum operatur in eorum beneficium tantùm, non autem in damnum eorum, qui ad bona defuncti vocantur ex beneficio *Consuetudinis*, quæ non existentibus masculis in eodem gradu, vocat sorores defūcti fratris ad illius successionem, prout fuit decisum in causa illorum de Minutulis, vbi fuit testamentum fratris declaratū nullū quoad medietatem de qua nō poterat disponere, quàm dedit sororibus defuncti, vt refert idē *P. Molf. d. q.* 46. *nu.* 12. & conferūt dicta per *Pisanel. in add. incip. indè in Consuetudine circa finem fol.* 137.

SVMMARIVM.

1 *Legatum compensandi animo fuisse relictum præsumitur quotiescumq; debitum ex causa necessaria procedit.*

..Secùs verò si ex causa voluntaria.

..Sed an idem procedat in donatione inter viuos.

2 *Legatum donatio est: & valet argumentum de vna ad aliud.*

3 *Distinctio inter debitum necessariū, & voluntarium locum habet nedùm in legato, sed etiam in donatione inter viuos, ad finem, vt animo compensandi donatum præsumatur.*

..Quinimò in donatione non admittitur compensatio, quamuis debitum fuerit necessarium, nisi expressè facta fuerit donatio in compensationem debiti, etiam ex causa necessaria.

4 *Compensatio admittitur in donatione cum debito ex coniectura ta mente disponentis.*

5 *Compensandi animus non præsumitur, quando disponens dixit dono donationis titulo.*

..Implicat enim contradictionem, quod quis dicat se donare, & quod habeat animum compensandi.

6 *Donationis præsumptio facilius præsumitur inter sanguine coniunctos.*

7 *Ponderatur* text. in l. final. C. de dotis promissione.

8 *Causa in donatione expressa; compensationis præsumptionem excludit.*

..Puta si fuerit donatum contemplatione matrimonij.

..Et præcipuè contemplatione certi matrimonij.

9 *In donatione contemplatione certi matrimonij veniunt contemplatæ omnes personæ, quæ in eo interesse habent.*

..Nimirùm vxor, socer, & filij.

10 *Donatio contemplatione certi matrimonij dicitur pars illius, & cum eo confunditur.*

..Adeò vt sine illa matrimonium non foret sequutum.

11 *Clausula in donatione apposita, vt cōmodiùs donatarius cum vxore, & filijs viuere possit compensationis præsumptionem excludit.*

12 *Præsumptio compensationis excluditur, quando summæ sunt diuersæ: etiam quod illa quæ donatur esset maior.*

13 *Compensationis coniectura excluditur, quando donatio fuit conditionalis, debitum verò purum.*

..Nisi donatio post aliquod tempus esset restituenda.

..Quia tùnc illud temporis commodum, in compensationem debiti admittitur.

..Sed hoc intelligi debet, quando ex alio expressè constaret in compensationem debiti fuisse donatum.

14 *Interpretatio debet fieri contra donātem, qui poterat expressius loqui, & eius mentem declarare ad inducendam compensationem.*

15 *Compensationis præsumptio, excluditur ex clausulis in donatione appositis; nimirùm reuocans omnes actus, qui in diminutionē donationis existerent, & similes.*

16 *Animus compensandi excluditur, quotiescumq; donator, probabilitèr credere poterat non esse debitorem: sed non procedit in debito necessario.*

17 Textus in l. Titia cum testamento 35. §. qui in vita, ff. de legat. 2. explanatur.

18 *Compensatio in debito necessariò magis inducitur ex dispositione legis, quàm ex mente testatoris.*

..Vndè admittitur, etiam quod testator de compensatione minimè cogitauerit.

ARGV-

ARGVMENTVM.

Animus compensandi cum debito necessario, vel voluntario, qui in legato præsumitur, nùm procedat in donatione inter viuos, & quibus coniecturis compensandi præsumptio excludatur.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXIV.



1 N disputatione 49.cõclusum fuit legatum factum à debitore, creditori, præsumi animo compensandi cum debito relictũ, quotiescumq; debitum ex causa necessaria, siuè legali, ex legis nempè, vel statuti dispositione procedit; secùs verò si ex causa voluntaria, puta quia ex contractu, vel dispositione hominis initium sumpserit, per *text.* vbi omnes *in l. si cum dotẽ, §. si pater, ff solut.matrim.& in l.cum pater, §.qui dotale, ff.de leg.*2.& notatur *in l.huiusmodi*,& ibi plenè *Alexand. ff. de legat.*1. *l.Titio,§.qui inuita, ff.de leg.*2.& optimè *in l.vnica §.sciendũ, ff.de rei vxor. action. Imol.* & cæteri *Canonistæ in cap.officij de testament.Curt.iun.& alij in auth.prætereà,C.vndè vir, & vxor. Afflict. in decis.*44. *num.*9. *Couar.in d. cap.officij,Tell.Fernandez in l.*16.*Tauri n.*6.*Costa in c.si pater in prima parte in verb.legauit n.*19 *de testam.in* 6.latè *Menoch.lib.*4.*præsumpt.*109.*&* 110.& benè explicat post alios, *Barbos.in d.l. cum dotem,§.si pater n.*1.*in fine,& seq.*

Sed an idem concludendum esset in donatione inter viuos, fuit disputatum inter Ducem Atellæ cum hæredibus quond. Caroli Filamarini: Donauerat enim Carolus quond. Nicolao Mariæ Caracciolo Duci Atellæ eius ex filia vnigenita nepoti, contemplatione matrimonij initi cum D.Iulia Caracciola Marchionis Gioiosiæ filia duc. 24000. & cùm idem Carolus fuisset debitor eiusdem Ducis nepotis in duc. 12000. ex resta pretij Terræ Atellæ prætendebatur per heredes Caroli donationem prædictam cessisse in compensationem præfati debiti pro concurrenti quantitate.

At ego qui partes Ducis defendebam, vtrumq; deberi, donationem nimirùm,& debitum, asserebam, ex eisdem doctrinis superiùs allegatis, etiã quod versaremur in donatione: quo-

2 niam cùm legatum donatio sit, *§. legatum instit. de legat.* benè procedebat augumentum de vna ad aliud, *l. pactum inter hæredem, ff.de pactis,* vbi notatur, *& in l.seruum filij,§.eum qui chirographum, vbi Dyn. ff. de legat.*1. Ideoq; Doctores prædictam communem distinctionem, inter debitum ex

3 causa necessaria, vel voluntaria, etiã in donatione simplicitèr admictunt, vt habetur per *Ias.in d.auth.prætereà, C.vndè vir, & vxor, Anchar.in cons.*7. *num.*4.*versic. & vere est,* ità expresse tenet videndus *Alexand. in consil.*12. *num.*5.*vol.*2.*& consil.*7.*num.*16.*vol.*6. *Corn. consil.*288. *num.*16. *vol.*1. refert optimè *Capyc. in decis.* 180. *num.* 19. *&* 20.*Crauett.in cõs.*131.*n.*14.*Præsid. Amat. in consil.*74. *num.*56.& optimè *Surd. videndus in cons.*112.*n.*42.*lib.*1.

Attamen, quatenùs argumentum non procederet de legato ad donationẽ: idem etiam dicendum aiebã, ad exclusionem compensationis fuisse dispositum: Recepta enim ab omnibus est conclusio; donatum inter viuos non præsumi compensandi animo datum per *text.* à contrario *in l. etiam si debita, versic.sed & si non mortis, ff.de bonis libertorum,*ibi: *Sed si non mortis causa donauit libertus patrono; contemplatione tamen debitæ portionis donata*

donata sunt, idem erit dicendum; Ergò secùs si non sunt expressè donata contemplatione debitæ portionis: indè sumitur ex hoc tex. regula quod in donatione inter viuos non præsumitur compensatio cùm debito, etiam quod fuerit ex causa necessaria, & legali, prout est quarta debita patrono, l. siue, §. 1. de iure patron. cõcordat text. in l. si verò, §. cæterum, ff. eod. tit. de bon. libert. r. ità optimè docet videndus Soccin. sen. in consil. 93. num. 21. in fine, versic. confirmatur, & & 3. lib. 1. quem sequitur expressè Rubeus Alexandrin. in consil. 116. n. 1. optimè Couarr. in d. cap. officij num. 9. & refert Menoch. lib. 3. præsumpt. 142. num. 2.

Cæterum, quatenùs cõcedendum esset, etiam in donatione inter viuos compensationis præsumptionem locum obtinere, ex coniectura ta tamen
4 mente disponentis, ad tex. in l. cum quo, §. vltimo, & l. quod autem, ff. ad l. falcid. & l. cum ab vno, ff. de leg. 2. in princ. & l. si compensandi, C. de hared. instituend. cum alijs adductis per Crauett. in consil. 686. num. 3. nihilominùs in casu nostro donatorem animum compensandi nequaquam habuisse ex pluribus coniecturis dicebamus.

Etenim ex verbis in ipsa donatione expressis colligebatur donandi,
5 non autem compensandi animus: dixit enim donare, donationis titulo: Ergò præsumebatur, imò clarè colligebatur, liberalitatem potiùs exercere voluisse, quam compensationem cùm debito admictere, vt post alios considerat Doctissimus Petr. Barbosa in d. l. si cum dotem, §. si pater nu. 8. vers. & clarè constat, vbi ex hac ratione excludi animum compensandi fatetur, quia implicat contradictionem, quod quis dicat se donare, & quod dicatur, & præsumatur cum debito compensare, quia sic non donaret, sed potiùs debito satisfaceret, ex Bal. in l. quoniam in prioribus num. 6. C. de inoff. testam. Alexand. d. consil. 12. nu. 5. lib. 2. & Corn. consil. 210. num. 15. lib. 1. ità etiam optimè ponderauit Surd. in d. consil. 212. num. 45. & benè Menoch. d. præsumpt. 142. num. 5. & lib. 4. præsumpt. 110. num. 11.

Hinc etiam satis arridet, & opitulatur alia secunda cõiectura desumpta ex coniunctione sanguinis, quæ in hoc casu intercesserat, inter auum donantem, & Ducem nepotem donatarium; in coniunctis enim faci-
6 lius donationis præsumptio inducitur, ad text. in l. si seruus, ff. de donat. inter vir. & vxor. & notant Bart. & cæteri in l. quæ dotis, ff. solut. matrim. & ità in simili augumentatur Corn. in consil. 292. versic. iuuatur etiam lib. 1. & propterea ex huiusmodi sanguinis coniunctione, videtur quis liberali animo fecisse id, quod aliàs in-
7 telligi poterat factum animo compensandi, ad text. in l. fin. C. de dotis promiss. quem ad hoc ponderat Surd. in d. consil. 112. num. 49. & 50. post Alciat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 26. num. 1.
8 Tertia etiam adijciebatur coniectura satis concludens, nempè causa expressa, ob quam donationem fecerat, contemplatione quippè matrimonij contracti inter ipsum Ducem donatarium, & D. Iuliam Caracciolam Marchionis Gioiosæ filiam; quę dicebatur causa finalis donationis, vt per Franc. Molin. de ritu nuptiar. lib. 3. quæst. 12. num. 14. & seq. ex huiusmodi igitur causæ expressione, excludi videbatur omninò, omnis compensationis præsumptio super qua fundatur Crauett. in consil. 686. considerat enim ipse in casu suo animum compensandi, ex eo quia ex eadem causa, qua erat debitor puta ex causa dotis, ex eadem etiam donationem fecerit: sed hæc causæ idēptitas deficiebat in casu nostro, cùm diuersissima erat causa debiti, & causa donationis: debitum enim erat ex resta pretij Terrę Atellę, donatio au-

tem

tē fuerat ex causa matrimonij, vndè cùm illam expresserit, alia coniectura, & præsumptio admictenda nō erat, vt considerat idem *Alexand.in d.consil.7.n.16.in fin.Corn.d.cons.210. num.5.lib.1.Phanuc.de lucro dotis,gl.8. num.94.versic.item quando ex alia,& Menoch.d.præsumpt 110.num.16.* Pręcipuè cùm fuerit facta contempla-
9 tione certi matrimonij, in quo veniunt contemplatæ omnes personæ, quæ in eo interesse habere dicuntur puta vxor, socer, & filij, & dicitur pars contractus matrimonialis; & cō-
10 funditur cum eo, adeò quod sine illa matrimonium non fuisset sequutum, prout expresse in capitulis matrimonialibus asseritur, *l.fundi partem de contrah.empt.l.venditor ex hæreditate, ff.de seruis asportan* & latè *Fontanell. post alios de pactis nuptial.clausf.4.gl.1. num.10. & 19.de Franch.in decis.205. num. 2. & Molin. de ritu nupt. lib. 3. quæst.12. num. 16.& 17.* vndè nullo modo poterat dici fuisse factam animo compensandi cum debito, & in terminis donationis contemplatione matrimonij, vt non censeatur facta in compensationem alterius debiti, quod per donantem donatario debebatur dixit in puncto, & pluribus optimè comprobauit *Soccin.iun. in consil.130. num.16. versic. demùm cum seqq.lib.2.* imò ibi erat casus fortior; nàm donans in eius vltima voluntate deindè declarauerat, donationem prædictam licet contemplatione matrimonij, fecisse tamen illam in compensationem debiti; & hac declaratione non obstante concludit *Soccinus*, vtrumq; deberi; quia causa matrimonij expressa, coniecturam compensationis excluserat, ob interesse potissimum vxoris, ac filiorum cum aliàs matrimonium non fuisset contractum.
11 Insuper, & quarto, donatio prædicta facta fuerat expresse (vt in ea asserebatur) vt comodius ipse Dux Atellæ cum vxore, & filijs viuere posset; vndè ex hoc etiam excludebatur compensationis coniectura; Comodius quippè viuere potuissent, si donatio, & debitum simul consequuti forent, vt optimè etiam ad propositum fundat post *Socc.iun. & Crauett.Surd.in d.consil.112.n.53.& 54.*
11 Aliam etiam coniecturam adduxit *Corn.in consil.298. num.19.vol.1. num.19.* quandò summa scilicet esset diuersa; quasi tùnc excludatur compensationis præsumptio: & quamuis quando summa, quæ donatur est maior, videatur cessare huiusmodi coniectura ex regula, quod in maiori summa inest minor, vt per eundem *Corn.in d.consil.292.num.1.lib.1.* tamen ab eo dissensit *Alciat.in respons.498.* siuè *cons.49.lib.9.incip.mutuo pro amore num.5.versic.maximè,* & refert *Menoch.d.lib.4.pr.esumpt.110.nu.33.*
13 Addebamus etiam aliam coniecturam, ex qua omninò videbatur excludi compensationis pręsumptio. Debitum enim purè, & absq; aliqua cōditione, vel onere debebatur Duci ex resta pretij Terræ Atellæ: donatio autem facta fuerat Duci, cum onere, & fideicommisso de illa restituenda filijs, & illis deficiētibus vxori, & demùm illis omnibus non existentibus, redderet ad ipsum Carolum donantem, eiusq; hæredes, & successores, & haberetur pro non facta; vndè nullo modo poterat asseuerari fuisse in compensationem debiti factam, quod purè, & sine onere restitutionis debebatur ex his, quæ ad propositum dixit idem *Corn. d. consil.288.num.19.in fine.*

Et licet non ignorarem, aliquos ex *Doctoribus* voluisse hanc doctrinam procedere in donatione, vel legato, quod statim veniret restituendum; secùs autem si post aliquod tempus, puta post mortem: quasi illud commodum, quod ex donatione vita durante erat donatatius percepturus, in compensationem debiti admicti deberet; attamen hęc limitatio benè proce-

procederet quando ex alio expressè constaret testatorem legasse, vel donasse in compensationem debiti; tùnc enim cum non posset illa verificari in omnibus ꝓpter restitutionis onus appositum, admittenda esset compensatio pro rata illius commodi, quod vita durante esset percepturus: Sed quando ex alio non constaret disponentem animo compẽsandi cũ debito donasse: tùnc praeualeret pręsumptio, & coniectura contraria ad exclusionem compensationis cum
14 semper contra donantem fieri debeat interpretatio, qui poterat, & debebat expressius eius mentem declarare, vt in puncto tradit idem *Alexand. videndus in d. consil. 12. nu. 7. versic. sexto lib.* & optimè *Benedict. Capra in consil. 143. sub num. 5. & seq. versic. quod etiam.*

Accedebat etiam alia coniectura ex illis verbis in donatione appositis desumpta, vbi Carolus donator, reuocat omnes protestationes, reuoca-
15 tiones, diminutiones, & alios omnes actus factos, ac faciendos deindè, vel indirectè in praeiudicium dictae donationis, praebẽs potestatem ipsi Duci donatario, & alijs vt supra contẽplatis, reuocandi, ac declarari faciendi nullos, & inualidos quoscumq; actus in diminutionem donationis, quae verba clarè videbantur excludere omnem compensandi animum; cùm dubitari minimè posset ex compensatione forsàn admittenda, diminutionem pati donationem, contra verba expressa donantis, vt tradit *Hieronym. Gabriel in consil. 16. sub. nu. 33. versic. accedit lib.* 1. & refert *Menoch. d. praesumpt.* 109. *num.* 54. & conferunt etiam dicta per *Alexand. in d. consil.* 12. *num.* 5. *& 6 lib.* 2. quem refert idem *Menoch. d. praesumpt.* 142. *num.* 5.

Caeterum dicebam, compensationem tùnc demùm esse admittendam, in terminis in quibus disputabamus, quando aliquo modo potuerit animus donantis colligi voluisse scilicet liberalitatem illam exercere in compensationem debiti, aliàs nullo modo esse admittendam, ex praedictis dicebamus, tùm quia eramus in donatione, tùm quia debitum non erat necessarium. Hic autem animus vltrà cõiecturas superiùs adductas clarissimè excludebatur: Quoniam Carolus auus tempore quo donationem praedictam contemplatione matri-
16 monij emiserat, probabilitèr imò & certius credebat nõ esse ampliùs debitorem Ducis nepotis; Cùm iàm nepos ipse anno iàm elapso publico mediante instrumento confessus fuerat (licet nullitèr) recepisse à Carolo auo praedictos duc. 12000. sibi debitos ex resta pretij Terrae Atellae. Qua igitur ratione poterit vmquam asseuerari, eundem Carolum in donatione deindè facta contemplatione matrimonij habuisse animum compensandi cum debito iàm secũdum eius opinionem satisfactum per confessionẽ eiusdem creditoris? nulla certè ratione, vel lege poterat hoc praesumi.

17 Et quamuis non parùm videretur obstare, *text. in l. Titia cum testamento* 35. *§. quantum in vita, ff. de leg.* 2. vbi *Modestinus* voluit, quod si testator putauit se efficacitèr dotem exegisse à genero, quamuis filia non cõsenserit; & ità existimans, dotis nomine legauit filiae; inducitur compẽsatio, non obstante quod ipse crederet non esse debitorem dotis, nec respectu filię, nec respectu generi, & cõsequentèr, non obstante, quod non potuerit legãdo habere animum cõpensandi, cùm crederet se efficacitèr exegisse, & proindè non esse debitorẽ. Nihilominùs ille *text.* procedit in debito necessario, & sic in dote, in quo debito necessario obligatio fuit inducta principalitèr per legem, etiã praeter voluntatem obligati: & ideò dùm obligatum in hoc etiam praeter suam voluntatem grauauit, voluit in alio

alio releuare, scilicet vt semper legatum censeretur relictum ea intentione, vt compensetur cum debito necessario, *ad text. in l. si fideiussor* §. 1. *ff. qui satisd. cog.* secundum *Dec. in auth. praetereà, C. vndè vir. & vxor.* quem sequitur *Paul. de Montepico ibidem num.* 55. *ad finem*, & *Curt. iun. nu.* 20. & ex his concludit notabilitèr ad propositum doctissimus *Barbos. in d. l. si cum dotem*, §. *si pater*, *ff. solut. matrim. sub num.* 7. quod hæc compensatio in
18 debito necessario, magis inducitur ex dispositione legis, quam ex mente testatoris, & proindè quamuis testator de compensatione inducenda tempore legati non cogitauerit, inducitur nihilominùs cõpensatio propter legis dispositionem; & ità intelligit dictum *text. in l. Titia cum testamento*, §. *qui inuita*, & ex illo comprobari doctrinam *Baldi*, asserit, *in l. quoniam in prioribus num.* 6. *in fine*, *C. de inoffic. testam.* dùm inquit, quod in terminis *d.* §. *si pater* creditur legatum fuisse relictum animo compensandi cum debito necessario ex dispositione legis, quæ hoc inducit, etiam si testator de compensatione non cogitauerit, cuius verba valdè notanda existimat *Suarez in tit. de las arrhas num.* 39. *ad finem*, quod etiam admictit *Couar. in d. cap. officij num.* 2. *ad med. de testam.* vndè secùs erit in debito voluntario, in quo lex non præsumit animum, neq; inducit compensationem; nisi constet ex mente testatoris, qui non præsumitur legasse animo compensandi, *ex l. creditorem* 87. *ff. de leg.* 2. & propretereà videtur concludere *Barbos.* quod in debito voluntario non præsumitur legatum relictum in compensationem debiti, quod ipse putabat satisfactum.

Ex quibus clarè demonstratum dicebamus, donationem prædictam nullo modo dici posse factam in compensationem debiti voluntarij, sed vtrumq; deberi nulla habita ratione prædictæ confessionis de recepto, vti nullæ, & inualidæ, & per vim, & metum extortæ.

Quem exitum habuerit hæc causa, adhùc ignoro, sed facilè crediderim transactione fuisse terminatam.

SVMMARIVM.

1 *Remedium canonis reintegrandæ, non competit hæredi spoliati, sed ipso spoliato tantùm.*

2 *Possessio non continuatur in hæredem, absq; noua apprehensione.*

3 *Spoliatus non potest possessionem, quã non habebat ad hæredem transmictere.*

4 *Remedio canonis reintegrãdæ præscribitur spatio triginta annorum.*
.. *Imò per decennium secundũ alios.*

5 *Spoliatus absq; culpa, & facto suo, transmictit ius reintegrandi ad vniuersalem hæredem.*

6 *Hæres cum sit eadem persona cum defuncto, eodem iure vtitur, quo defunctus vti poterat.*

7 *Possessio licet non transeat ad hæredem sine noua apprehensione: Tamen ius illud formatum in persona defuncti, transmictitur ad eius hæredem.*
.. *Quod procedit etiam in hærede hæredis.*
.. *Quia hæres hæredis testatoris est hæres.*

8 *Remedium canonis reintegrandæ non competit hæredi spoliato post testatoris mortem, ante captam per ipsum hæredem possessionem.*
.. *Competit tamen remedium adipiscendæ.*

9 *Declaratur* Couarr. doctrina lib. 3. var. cap. 5. *negantis competere hæredi remedium reintegrandæ, etiam in casu quo defunctus fuit in vita spoliatus.*
.. *Intelligitur enim quando hæres ex propria persona experiretur; qui non fuit spoliatus.*
.. *Secùs si ex persona, & iure defũcti.*
.. *Quia illud ius sicut cætera ad ipsum transit.*

10 In-

10 *Interdictum vndè vi: est odiosum.*
11 *Possessor bonæ fidei potuit præscriptionem decem, & viginti annorum obijcere.*
..Dumodò causam non habuerit à vitioso authore.
12 *Malæ fidei possessor, & qui primus fuit spoliator nulla prorsus præscriptione quamuis longissima iuuari potest.*
13 *Quatriennium quod minoribus conceditur ad restitutionem in integrum petendam, non currit à die maioris ætatis, sed à die scientiæ læsionis.*
..Etiam si post multum temporis spatium superueniret scientia.

ARGVMENTVM.

Remedium canonis reintegrandæ competere hæredi spoliati; si non ex propria, sed defuncti persona experiatur.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXV.



CVm ageret Petrus Musacchio quond. Antonij, contra Petrum Musacchio quond. Nicolai remedio *Canonis reintegrãdæ 3. quæst.1.* ex persona Antonij Musacchio patris petens reintegrari in pristinam possessionem cuiusdam vineæ in Casali Maschiti Ciuitatis Venusij, à qua fuerat prædictus Antonius à præfato Petro spoliatus tempore quo ad Bellum iuerat, relicto ipso Petro actore infanti: Duplici exceptionis clipeo se tuebatur conuentus.

1 Primò: quia remedium prædictum reintegrandæ possessionis nullo modo competere poterat hæredi ipsius spoliati: sed ipso spoliato tantùm, ex
2 quo possessio non continuatur in hæredem, absq; noua apprehensione, *l. eum hæredes, ff. de acquir. poss.* vndè cùm defunctus fuerit possessione spoliatus, non potuit possessionem quam
3 non habebat ad hæredes transmictere, & per cõsequẽs cessabat spoliatio in persona hæredis, qui proindè remedio *Canonis reintegrandæ* experiri non poterat, vt post *Gulielm. de Benedictis in cap. Rainutius, Tiraq. in tract. le mort saisit, Couarr. lib. 3. var. cap. 5.* & alios tradit *Menoch. de recup. poss. remed. 1. num. 409. & seq.*

4 Secũdò: quia iàm fuerat huic actioni præscriptum; cùm vltrà 30. annos prædictæ vineę possessionem conuentus ipse fuerit pacificè adeptus, quo casu præscriptum esse remedio recuperandæ dixerunt, *Soccin. consil. 39. col. 3. vol. 3.* & ante eum *Aretin. & Abb. in d. can. reintegrandæ*; Et quamuis contra minorem, vt fuerat ipse Petrus actor, non currat præscriptio, *l. etiam, ff. de minor. in integr. restitut. cum concord.* attamen dicebatur decem annorum spatium fuisse decursum à die maioris ætatis, quod quidem decenij tempus ad huiusmodi remedij pręscriptionem sufficere tradit *ex Puteo, & Cassadoro Episcop. Ricc. in collect. 357.* ideoq; ex his omninò repellendum fore actorem ab huiusmodi remedio contendebat.

Verùm enim verò, hęc omnia, quę in contrarium opponebantur, parùm refragari dicebam, aliquos casus secundum iuris terminos distinguendo.

5 Et quoad primam exceptionem; distinguendum existimabam: quod aut possessio fuit defuncto sublata tempore quo viuebat, absq; culpa, & facto suo, vt erat in casu contingenti; & tùnc nulli dubium remedium hoc reintegrandæ, transire ad vniuersalem hæredem, *per tex. in l. 1. §. hoc interdi-*

terdictum il 2. ff. de vi, & vi armat. tradit *Ruin.consil.*47. *num.*1.*vol.*4. & in terminis nostris *Roland.* omninò videndus *consil.* 32. *num.* 4. *cum seq.*
6 *vol.*4.quia cum hæres, & defunctus vna eademq;persona censeatur,vt in §. 1. *Auth. de iure iur. à mor. præstito,* eodem iure vtitur hæres, quo potuit vti defunctus, *l.cum quidam,* § *fiscus, ff.de vsur. & l.is cui, ff.de reg. iur.* & ideò licet possessio defuncti non trā-
7 seat in hæredem,sine noua apprehē-sione,vt diximus *ex d. l. cum heredes, ff de acquir.poss.*nihilominùs ius illud, quod fuit formatum in persona defuncti, transmictitur ad eius hæredē, *l.*1.*&* 2.*C.de actio.*

Ideoq; si defunctus, qui possidebat;fuerit in vita,absq;iusta causa, & facto suo spoliatus;statim actio recuperādę possessionis fuit iā formata in persona ipsius, & consequētèr transmisibilis ad hæredem: quia sicut ipsemet defunctus potuisset agere remedio huius canonis, ità etiam eius hæres ex persona defuncti eodem remedio experiri poterit, licet ipse numquam possederit, ità *Soccin. in l. rem quæ nobis col.* 7. *de acquir. hæred. Aretin.in consil.*123.*col.*2. optimè videndus *Benintend.decis.*12. *num.*1.*& seq.Crescent.decis.*3.*de restitut.spoliat.* & alios tradit *Magon.decis.Lucens.*4. *num.*9.*cum seqq.*

Ideò cùm Antonius pater dùm in humanis ageret, absq;iusta causa, & sine culpa, & facto suo fuisset possessione vineæ per Petrum spoliatus: ius illam recuperandi fuit iàm in eius persona formatum, & per consequens ad hæredem suum transmisit, qui benè potuit tamquam illius hæres, petere in paternam possessionem reintegrari ex prædictis, & tradit etiam optimè *Berous consil.*64.*n.*6. *vol.* 3. qui hoc ampliat etiam in hærede hæredis, qui poterit etiam ex persona primi defuncti spoliati, remedium huiusmodi canonis intentare, cùm hæres hæredis, testatoris etiam dicatur hæres,*l.fin.C.de hæred. instituend.*& sequitur *Roland.d.consil.* 32.*num.*5.*&* 6.*vol.*4.

Aut verò sumus in eo, qui tempore mortis possidere desiit, cùm in vita semper possederit,& post mortem ante captam per hæredem posse ssio-
8 nem fuit spoliatus, & hoc casu certum est,remedium reintegrandę possessionis minimè hæredi competere; quia cum possessio tempore mortis fuerit extincta, nec potuit continuari,& transmicti in hæredem,absq;alia noua apprehensione ex prædictis, illa remansit vacua, ideoq; si alius illam apprehendit non dicitur spoliasse defunctum,neq;hæredem, cùm ille eo tempore possidere desierit, & istè numquam possederit, & proptereà non poterit hoc remedio experiri,nec ex persona propria,nec ex persona defuncti, qui nihil habuit, quod ad hæredem transmicteret, vt tenet *Cagnol.in d.l. hæredem, ff.de reg. iur.num.*22.*Corn.consil.*18.*lib.*1.*Ruin. consil.*45. *num.* 10. *versic. eadem ratione vol.*1.quem sequitur *Natta consil.*562.*num.*8.*Roland.consil.*52.*num.*6. 15.*&* 25.*vol.*1. *Benintend d.decis.*12. *num.*3.*in fin.& Magon.d decis.*4. *n.*14. *& seq.* sed tantùm hoc casu competere poterit remedium adipiscendæ, prout firmat *Alexand. in d.l. cum heredes,& in consil.*40.*vol.*3. *Benintend. vbi sup & Magon. num* 15. & secundum hanc distinctionem intelligendi sunt *Doct.* in contrarium adducti; nàm verùm est id,quod asserunt,possessionem scilicet minimè continuari in hæredem, absq;noua apprehensione, & consequentèr cùm defunctus in vita fuerit possessione priuatus, non potuit illam transmictere, quam non habebat:quoniam hoc casu non transmictit possessionem, sed benè ius illud intentandi remedium reintegrandæ, quod iàm fuerat in eius persona formatum; nisi dicamus, defunctum vsq; ad mortem possedisse, quo casu nihil ad hæ-

redem transmittere valuit, vt in secundo distinctionis capite deduximus.

9 Et licet *Couarr. d. lib. 3. variar. cap. 5.* videatur sentire hoc etiam procedere in casu quo defunctus in vita fuisset possessione spoliatus, vt neq; hæredi competat huiusmodi *Canonis* remedium; illud tamen debet intelligi quando hæres ex sua propria persona experiri vellet, quia tunc ei minimè competeret, cùm huiusmodi remedium concedatur tantummodò spoliatis, & deiectis, vt eiusdem canonis verba indicant, non vtiq; illis qui nunquam possiderunt, vt voluit *Soccin. in consil. 49. col. fin. vol. 4.* vbi post *Bald.* & alios asserit, quod hæres, qui non fuit possessor, si hoc remedio ageret, succumberet; sed aliud esset quando hæres huiusmodi remedium intentaret ex persona defuncti, quia tale ius, sicut cætera ad ipsum transijt, & ità eorum dicta limitat *Menoch. d. remed. 1. num. 410.* post *Tiraquel. in d. tract. le mort saisit, par. 8. declar. 4. n. 8.* vbi ait posse hæredem hoc vti remedio si intra annum nomine testatoris agere velit, *per text. in d. l. 1. §. hoc interdictum de vi, & vi armat. & Glos. in cap. cum ad sedem in verb. interdictum de restitut spoliat. & in cap. significauerunt in verb. ea ratione de testibus*: quæ quidem *Glos.* licet loquatur *de interd. vndè vi*, quod est odiosum 10 *l. 3. in fin. ff. de vi, & vi armat.* multò fortiùs procedit in remedio *Canonis reintegrandæ*, quod non est odiosum vt tradit *Berous d. consil. 64. & Roland. d. consil. 32. num. 5.* & quamuis *Menoch. & Tiraquell.* hoc procedere dicant, si intra annum hæres nomine defuncti agat; hoc tamen gratis asserunt, & contra communem, vt omnes superius allegati affirmant: qui dùm dicunt etiam hæredi hęredis competere, omninò negant hanc temporis restrictionem, nec in ea faciunt fundamentum.

Propterea dicebamus, quod cum Antonius pater dùm ei vita comes erat, fuerat possessione per Petrum spoliatus, absq; eius culpa, & facto suo; potuit iure meritò, huiusmodi reintegrandæ remedium per Petrum eius filium ex illius persona vti vniuersalem hæredem intentari, petendo in paternam possessionem reintegrari.

Nec quicquam obstabat, quod secundo loco de pręscriptione per partem ex aduerso opponebatur: quoniam relicto longiori disputationis examine; illud poterat procedere quando conuentus possessor, esset cũ
11 titulo, & bona fide: is enim poterat præscriptionem decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes obijcere, dummodò causam is nõ habuerit à vitioso authore, vt post *Barbat. Ruin. & Roland.* sentit *Menoch. de recup. remed. 15. nu. 425. cum seq.*

At quando sumus in eo, qui mala fide vera, & manifesta detinet; vt in eo qui fuit primus occupator, & spo-
12 liator, vt erat in casu de quo disputabatur, tùnc is nullam prorsus temporis præscriptionem obijcere poterit, *ad tex. in cap. vlt. de præscipt. Berous in cap. sollicitè num. 2. de restitut. spoliat.* & ità fuisse decisum, refert *Puteus decis. 114. lib. 1. num. 12.* quem nescio cur pro contraria opinione alleget *Episcop. Ricc. in d. collect. 357.* & sic etiam intelligit *Cassador. in decis. 5. de restitut spoliat. nu. 12. & Menoch. d. remed. 15. num. 417.* vbi in terminis huius canonis, quæstionem in primo spoliatore examinat, vel ad minùs in eo, qui est in mala fide pręsumpta 30. vel 40. annorum spatium ad finem huic remedio præscribendi necessarium esse fatetur, *num. 418. cum seq.* quod non examino, cùm non applicaretur casui, de quo quærebatur; nàm eramus in primo spoliatore, qui erat in vera mala fide, non autem præsumpta, & neq; per centum annos præscribere poterat, cessante bona fide.

Cæte-

Cæterum, gratis concesso, præscriptionem 10. vel 20. annorum procedere, quod expresè negabatur, dicebamus illam non sufficere contra eos, qui ratione personæ, & priuilegio eis concesso, maius tempus desiderant, vt puta in minore, qui ad hoc restitutionem habet, vt dicit idem *Menoch. vbi sup. num. 429.* & in specie *Ruin. consil. 44. num. 8. vol. 4.* neq; officiebat, decennium scilicet fuisse elapsum à tempore quo cæpit esse maior; quoniam quatriennium, quod minoribus ad petēdum in integrum

13 restitutionem conceditur non currit à die maioris ætatis, sed à die sciētiæ læsionis, etiam si post multum temporis spatium superueniret sciētia, vt dixit ante omnes, *Bald. in l. falsam num. 3. C. si ex falsis caus.* quem sequuntur communitèr *Doct.* quos refert *Sforz. Odd. de restitut. par. 1. q. 20. artic. 4. num. 37.* ideò cùm actor hic, scientiam non habuerit spolij prædicti, nisi tempore litis motæ; præscriptio nullo modo obstare poterat, præcipue dùm conuentus erat in vera mala fide, *ex d. cap. fin. de præscript.*

die 16. Decembris 1623.

Referente Iudice Thoma Lotthe-rio fuit per M. C. decisum in beneficium Petri actoris: Actuario Io. Alphonso de Angelis; & cùm fuisset appellatū ad S.C. fuit in anno 1624. referente tùnc Regio Consiliario solertissimo Didaco Bernardo Zufia; deindè meritissimo Regiam Cancellariam Regente Decano, & hodie S.R.C. Præsidente integerrimo; confirmata sententia M. C.

SVMMARIVM.

1 *Restitutio in integrum aduersus sententiam contra ius litigatoris non competit.*

.. Etiam stante commissione Principis mandantis, quod Iudex de iustitia prouideat.

.. Non enim ex hoc censetur concessa maiori restitutio.

.. Nisi fortasse ex scripturis de nouo repertis.

.. Præcipuè in sententijs Supremorum Tribunalium, in quibus præsumitur pro Iudice.

2 *Mulier non restituitur aduersus sententiam de* Iure Constitut. Regni.

3 *Remedium ordinarium reclamationis cessare facit remedium extraordinarium restitutionis.*

4 *Iniustitia notoriè, & euidentèr apparens, iustam præbet restitutionis causam, etiam maioribus aduersus sententiam.*

.. Imò etiam post lapsum quatriennij.

5 *Notoria iniustitia æquiparatur nullitati, & impedit sententiæ exequutionem.*

.. Etiam quod essent tres conformes.

6 *Actio nulla dari potest super feudo, absq; Regis assensu.*

7 *Hæres vniuersalis quamuis ex testamento succedat in creditum, quod defunctus cum alio habebat; Tamen si non est in gradu successibili, nullam actionem acquirit super feudalibus.*

.. Adeò vt neq; iudicium super feudis instituere poterit.

8 *Creditor, qui assensum non habet, non poterit actionem feudalem in alium transferre.*

9 *Nemo dat quod non habet.*

10 *Creditor qui habet assensum cū clausula pro se, & hæredibus ex corpore, actionem non transmictit in successorem extraneum, etiam hæredem vniuersalem.*

11 *Idem iudicatur de actione ad feudum, quam de ipso feudo.*

.. Ità vt neq; ad secundogenitum pertinere possit, sed solùm ad primogenitum.

.. Contra quem experiri poterit secundogenitus, vt agat super feudo obligato.

12 *Institutio personæ non vocatæ, nec comprehensæ in inuestitura importat alienationem.*

13 Decisio Capicij 51. *quod potuit cessionarius, absq; assensu super feudo experiri, dummodò in venditione deindè impetretur assensus, reijcitur, & reprobatur per* Dom. de Franch.

14 *Hodie per nouellam gratiam Ciuitati, & Regno concessam, quæ registratur* in pragmat. 17. de feud. *transit actio feudalis hypothecaria, ad quã transit actio personalis.*

.. *Et fuit sublata clausula ex corpore.*

.. *Quæ tamen gratia, assensus præteritos non comprehendit.*

15 *Assensus Suæ Maiestatis non requiritur in translatione actionis ad feudum, quando cedens successore caret; sed sufficit Proregis assensu.*

.. *Secùs si agatur de translatione dominij.*

16 *Pretium feudi licet sit burgensaticum liberatur tamen creditoribus cum assensu, ad euitandum circuitum, & liberandum feudum ab hypotheca.*

17 *Sententia assistentiæ super corpore feudi ad instantiam creditoris, absq; assensu præstari non potest.*

.. *Imò neq; super pretio, quamuis burgensatico, quia numquam fuit in dominio debitoris.*

18 *Notoria iniustitia tùnc adesse dicitur, quando sine aliqua extrinseca probatione altiorem requirente indaginem ex inspectione tantùm actorum iunctis iurium allegationibus talis appareat.*

19 *Sententia fundata in falsa causa nulla est, dùm videtur ex errore processisse.*

20 *Error, & falsa causa debet esse expressa in sententiam, vt illam irritare valeat.*

.. *Tamen si esset notoria, & ex eisdem actis appareret, non esset necessaria expressio.*

21 *Notorium habet vim expressionis.*

22 *Iudex censetur iudicasse ex his, quæ continentur in actis.*

23 *Remedium ordinarium non facit cessare extraordinarium, quando illud pinguius prouidet.*

24 *Reclamatio non impedit sententię exequutionem.*

25 *Sententia assistentiæ, etiam quod in gradu reclamationis reuocetur, non proindè retractabitur exequutio, & venditio fundi super quo fuit præstita assistentia.*

.. *Ideò, quia parit præiudicium irreparabile debet concedi remedium extraordinarium restitutionis.*

26 *Restitutio ex capite notoriæ iniustitię impedit exequutionem, etiam inceptam vigore litterarum exequutorialium, quia hoc casu æquiparatur nullitati.*

.. *Nisi fuerit perfecta per solutionẽ.*

A R G V M E N T V M.

Ex capite notoriæ iniustitiæ concedi restitutionem aduersus sententiam latam; præcipuè super falsa causa: Item actionem super feudo, non transmitti ad hæredem quamuis vniuersalem, si non fuerit in gradu successibili.



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXVI.



1 Estitutionem in integrũ minimè maioribus cõpetere aduersus sentẽtiam prolatam contra ius litigatoris communitèr ab omnibus asseritur, vt testatur *Sforz. Oddus de restitut. quaest.79. artic.2.num.10.*& alios refert *Castil. decis.Sicil.16.nu.1.& per tot.* vbi concludit hoc procedere non obstante commissione Principis, quod Iudex de iustitia prouideat, non enim per hoc intelligitur concessa restitutio maiori, nisi fortasse ex scripturis de nouo repertis, ad notata *in l.sub praetextu, C.de transaction.* praecipuè in sententijs Supremorum Tribunaliũ, in quibus praesumitur pro Iudice, vt fecerit id, quod ius disponit, vt per *Alciat. reg.3.praesumpt.32. & Gabriel com.opin. tit.de sentent. concl.*4. & in

2 specie non restitui mulierem aduersus sententiam S.C.decisum testatur *de Franeb.in decis.*284. *num.*2. ex doctrina *Glos.Andr.& Afflict.in Constit. Regni Obscuritatem*, & diximus *in disput.*19.eo maximè, quia cùm competat remedium ordinarium recla-

3 mationis,cessare debet extraordinarium restitutionis secundum Doctores *in l. fin. C.si aduers.rem iudicat.*

Nihilominùs in causa Marchionissae Sancti Marci cessionariae Don Michaelis de Cabbanilijs Ducis Sãcti Ioannis Rotundi, cum Ducibus Montisleonis, contra quos praedicta Marchionissa obtinuerat sententiam assistentiae super Terra Cirignolae;dicebam, sententiam illam debere reformari, dùm Ducum Montisleonis partes defenderem ex eo, quia nedùm lata erat contra ius litigatoris, sed euidentèr, notoriè, & expresse apparebat iniusta; etenim cùm notoria iniustitia altiorem indaginem nõ requirit, sed in promptu ostenditur, itá vt manibus palpetur,vt ità loquar

4 datur tùnc etiam maioribus aduersus sententiam restitutio ex capite notoriae iniustitiae, quae iustam eo casu praebet restitutionis causam, ad notata *in l.1.in fine,ff.ex quibus caus. maior.*facit *Alex.in l.si infanti, col.fin. C.de iure delib. per l.si mater*, vbi notat *Bart.de exequut.rei iudic.* & refert *Ruin.in consil.*68. *num.*20. *lib.*1. adeò vt dixerit *Rota*, quod haec notoria iniustitia facit, vt competat restitutio,etiam post lapsum quatriennij, vt per *Caesar. de Grassis decis.* 15. *num.*8. *de praebendis*,& optimè post *Felin. in cap.inter caeteras num.*7.*de re iudic. & in cap.super litteris num.*32.*de rescriptis*,refert *Gratian.discept.for.cap.*907. *num.*14.*cum seqq.*& ità praedicta omnia intelligit *Muta* videndus *in decis.Sicil.*84.*num.*42.*cum seqq.* notoria

5 enim iniustitia aequiparatur nullitati, & impedit sententiae exequutionem, etiam quod essent tres conformes, vt latè per *Gabriel in consil.*28. *num.*4.*lib.*2. praecipuè quando non iustificantur ex actis, & allegantur talia, ex quibus Iudex contrarium iudicare debuisset, vt per *Gratian. cap.*103.*num.*25.

In casu autem contingenti, dilucidè de notoria iniustitia apparebat: fuerat enim praestita assistentia super Terra Cirignolae possessam per Ducissam Montisleonis D. Hieronymã Pignatellam, non vti haeredem Ducissae D. Catherinae Caracciolae matris,sed vti illius donatariam; ad instantiam Marchionissae, quae carebat assensu Regio;vndè nullitèr,& iniustè fuerat praelata sententia:cùm nul-

6 la actio dari possit super feudo, absq; Regis assensu,ad notata in *Constitut. Regni Constitutionem Diuae Memoriae*, & alibi passim, & refert *Reg. de Ponte in lectur.feud.*11.*num.*44.

Licet enim D.Antonius de Cabanilijs, qui in anno 1578. emerat annuos duc.202.2.10.pto capitali duc. 2700.super fructibus aliquorum bo-

norum allodialium à quond. D. Carolo Caracciolo Comite Sancti Angeli, & vtili Domino dictæ Terræ Cirignolæ cum obligatione bonorum feudalium, Regium obtinuisset assensum super dicta obligatione expeditum in forma Cancellariæ in anno 1580. Nihilominùs in præfato Regis assensus aderat clausula, quod esset validus, & fructuosus pro eodem D. Antonio, & eius hæredibus, & successoribus *ex corpore*. Vndè cùm de-
7 cessisset deindè D. Antonius nullo relicto hærede ex suo corpore, nec in gradu successibili; dicebam, quod licet D. Franciscus Cabanilia eius vniuersalis hæres ex testamento successerit in prædictum creditum, tamen cum non fuerit ex corpore, neq; in gradu successibili, nullam actionem acquirere potuit super feudalibus, neq; super illis iudicium exercere, cùm necessarium omninò erat, quod super testamento fuisset Regius impetratus assensus, vt actio ad feuda in eum transferri potuisset: & ideò cum D. Franciscus quamuis hæres vniuersalis, dùm non fuit ex corpore, neq; in gradu succes-
8 sibili, nullam acquisiuerit actionem ad feuda; nulla etiam actio potuit ab eo transferri in Montem Familiæ Carrafæ; & deindè à Monte in Ducem Sancti Ioannis, & ab eo in Marchionissam actricem; dùm nemò dat,
9 quod non habet, *l. traditio, ff. de acquir. rer. dom. & l. nemo plus iuris, ff. de reg. iur.* præcipuè, cùm in omnibus præfatis cessionibus desideraretur, etiam Regius assensus, absq; aliqua spè, amplius illum impetrandi, cum vt diximus D. Antonius primus horum iurium acquirens decesserit,
10 absq; hærede *ex corpore*. Vndè extincta omninò dicebatur actio super feudo, nec per institutionem censebatur in hæredem translata, sed in ea requirebatur assensus, idem enim
11 iudicatur de actione ad feudum, quam de ipso feudo, vt post *Andr. in Constitut. Regni honorem nostri Diadematis colpen. versic. secùs si esset, & in cap. 1. de capit. Corrad. & Camerar. in cap. imperialem car.* 15 *&* 16. *Fricc. de subfeud. lib. 2. quæst.* 12. optimè refert *Anna allegat.* 122. *num.* 7. *de Ponte de potestat. Proreg. tit.* 8. *de refut. feud.* §. 11 *nu.* 4. *&* 5. alios refert *de Franch. in decis.* 75. *num.* 2. *cum seqq.* vbi asserit in S. C. hoc nullam habuisse difficultatem, & *num.* 11. addit adeò huiusmodi actionem feudalem iudicari, vt neq; ad secundogenitum trãsire våleat, sed ad primogenitum tãquam de iure francorum solummodò pertineat, ità vt necessarium sit, vt secundogenitus contra primogenitum experiatur, vt super feudo agat, ad quod conferunt dicta per eundem *in decis.* 153. *num.* 26. & meliùs *in decis.* 593. *num.* 1. vbi allegat *Bartholom. de Capua in Constitut. Regni minoribus*, quæ decisio est punctualis. Fatetur enim ibi, quod in hæredem vniuersalem etiam ex testamento nõ transit actio ad feudum, nisi ille etiã
12 hæres sit successibilis in feudo: Institutio enim personæ non vocatæ, nec comprehensæ in inuestitura, importat alienationem, vt per *Andr. in cap.* 1. *§. filij autem de success. feud.* qui allegat *text. in l. peto, § fratre, ff. de leg.* 2. *Afflict. in cap. imperialem num.* 31. *& in Constitut. Constitutionem Diuæ Memoriæ num* 4. *de Ponte d. tit* 8 §. 2. *nu.* 17. *&* 18. & proindè *Dom. de Franch.*
13 reprobat opinionem *Capic. in inuestit. in verb. feudorum assecurationes, versic. necessitas, & in decis.* 51. vbi videtur tenere, quod possit agi super feudo per cessionarium, absq; assensu, dummodò super venditione deindè impetretur assensus: nam secundum eum, deueniretur ad feudi alienationem absq; assensu, quod nullatenùs procedere potest, *ex text. in d. Constitut. Diuæ Memoriæ, & in Constitut. Si quis post litem*, vbi *Affl. ct.* & ideò assensum super cessione omninò esse necessarium, latè fundat idem *de*

Fran-

*Franchis in decis.*48.& 53.*num*.9. vbi addit, quod licet priscis temporibus, etiam pro debito in actione personali fiebat exequutio super feudo, & super illius venditione interponebatur secundum decretum, & expediebatur assensus, iuxtà tradita in *Constitut. Si quis post litem*, nihilominùs illud procedebat debitore possidente: & subdit quod deindè hoc expressè fuit per Catholicam Maiestatem prohibitum, & ità deindè practicatum, & decisum, & refert iterum *in decis.*704.*num*.3.& prædictas prohibitiones nouissimè inseruit *Reg. de Curte in eius diuersor. feudal. in cap. incip. multoties num*.101.*fol*.52.*à terg.* de quibus latius egimus *in disputat.* & contra *Capic.* latè differit *Reg. de Ponte in d. tit*.8. §.11. *à nu*.14.*cum seqq.*

Et propterea in anno 1586. in parlamento generali fuit per Ciuitatem, & Regnum Suæ Maiestati sup-
14 plicatum, vt dignaretur concedere: quod non obstante clausula *ex corpore*, posita in assensibus; actio hipothecaria feudalis transiret in eum, in quem transiret actio personalis, licet ille nõ esset hæres *ex corpore*: & quod deindè in anteà non poneretur illa clausula in assensibus, sed pro hæredibus quibuscumq; vt refert idem *Reg. de Ponte in tit. de assensibus Regijs*, §.4.*num*.5.& legitur *in Pragmat*.27. *de feud.* secundum nouissimam compilationem *Dom. Reg. Rouiti*. Super qua petitione annuit Regia Maiestas quoad assensus futuros, sed quo ad præteritos nihil duxit innouandum: & ideò in casu contingenti, neq; poterat pars hac noua gratia iuuari, quæ non trahebatur ad præterita, & consequentèr ad assensum huiusmodi expeditum in anno 1580. cùm illa fuerit petita in anno 1586. & exequutoriata deindè in anno 1603. Remanebat igitur pars, absq; assensu, & per cõsequens, absq; actione super feudo, & proindè nulla, & iniusta notoriè reddebatur sententia assistentiæ.

Illa autem, quę ex aduerso opponebantur, parùm obstabant: scilicet, quod quando agitur de translatione hipothecariæ actionis, non requiratur assensus, sed tantùm quando agitur de translatione dominij per ea, quæ notant *de Ponte d. tit*.7. *de assens. Reg.* §.8. *nu*.5. & *Rouit. in pragmat*.4. *de feud num*.1.& 17. quoniam præfati *Doctores* hoc non dicunt; sed tan-
15 tùm disputant, an requiratur assensus Suæ Maiestatis in translatione actionis hipothecariæ, quando feudatarius cedens successore caret; & concludunt quod non; sed sufficiat assensus Proregis: sed quod nullo protsus sit opus assensu, neq; Regis, neq; Proregis non dixerunt, neq; cogitauerunt dicere, sed potius contrarium expressè asseuerarunt, vt habetur per eundem *de Ponte in eod. m* §.4. *num*.3. vbi asserit hoc esse indubitabile, & latiùs *in d tit*.8.§.11.& idẽ *Reg. Rouit. in d. pragmat*.4.*nu*.2.& 17.

Neq; opitulabatur, quod pretium Terræ Cirignolæ iàm venditæ Duci Bisacciarum erat burgensaticum, vndè super eo poterat exequi sentẽtia, quia non opus erat assensu; nàm respondebatur primò, illud proce-
16 dere posse quando non adfuissent creditores cum assensu, sed illis existentibus prius debebant satisfieri, prout docet *de Franchis in decis.* 64. *num*.1.& 16. *cum seq.* & *decis.* 75. & certum erat creditores cum assensu absorbere totum pretium.

17 Secundò quia ex hoc, neq; poterat saluari sententia assistentiæ, quæ non fuit lata super pretio, sed super corpore feudi: quod nullo iure fieri poterat, dùm pars nullam penitùs habebat actionem super feudo ex defectu assensus: imò nec super pretio, quod numquam fuit in dominio debitoris, & proindè non obligatum: & propterea ex hac notoria iniustitia debebat omninò per in integrum resti-

restitutionem sentētia retractari. No-
18 toria enim iniustitia tunc adesse di-
citur, quando sine aliqua extrinseca
probatione altiorem requirente in-
daginem, & inspectione tātum acto-
rum iunctis iurium allegationibus,
ac Doctorum authoritatibus, talis
appareat, vt post *Angel. in l. siuè pars,*
ff. de inoff. testam. & Felin. in d. cap. in-
ter caeteras, & alios refert *Gabriel d.*
consil. 28. num. 5. & 6. lib. 2.

Insuper dicebamus sententiā prae-
dictam fuisse fundatam in falsa cau-
sa; nàm pro certo habitū fuit adesse
assensum; & cùm fuerit prolata inau-
ditis Ducibus, seù eorū persona legi-
tima, nihil de his fuit oppositum: vn-
dè cùm alitèr deindè factū se habere
19 demonstraretur, videbatur ex erro-
re processisse: & consequentèr debe-
bat reuocari, alioquin notoriam in-
iustitiam contineret. Et quamuis er-
ror, & falsa causa non fuerit expressa
20 in sententia, prout requiri videba-
tur secundum *Alexand. in l. praeses n. 2.*
ff. de re iudic. secundum tamen opi-
nionem magis communitèr receptā,
non est necessarium, quod error sit
expressus in sententia, si tamen ex
actis clarè dignoscatur, iudicatū fuis-
se contra notoriū ius partis, vt opti-
mè post *Innoc. Bald. Imol. Abbat. Ro-*
man. Castr. Felin. & alios refert *Surd.*
videndus in consil. 324. num. 5. & 6. vbi
respondet contrarijs, vt procedant,
quando error non expressus, non es-
set notorius; secùs si notoriè constet
de errore contra ius litigatoris, quia
licet non expressus vitiat tùnc sen-
21 tentiam, ex quo notorium habet vim
expressionis, vt per *Innoc. in cap. 1. de*
offic. Vicar. & sequitur *Felin. in cap. di-*
lecto, versic sexta declaratio de appellat.
optimè *Sese inhibit. cap. 1. §. 2. nu. 27.*
vsq; ad 40. & §. 7. & idem *in dec. Ara-*
gon. 434. vol. 4. & refert etiam *Reg. Ro-*
uit. in pragm. 5. num. 24. de offic. S.C.
& censetur Iudex motus ex illo er-
22 rore, & ex his quae continentur in
actis, optimè *Crauett. in consil. 313.*
num. 41. & seq. & Gabriel d. consil. 28.
num. 5. vbi addit quod allegare, Iu-
dicem ex alijs fuisse inductum ad ità
iudicandum est friuola allegatio, nisi
probetur, vt post *Rotam diuers. decis.*
77. num. 8. par. 3. Surd. d. consil. 324. n. 7.
& Gratian. d. cap. 103. num. 13. & ideò
cum sententia necessariò supposuit
adesse assensum, & ideò fuit fundata
super falsa causa, danda erat hoc ca-
su restitutio, etiam maioribus per
doctrinam *Castrens. in consil. 322. in*
causa, quae vertitur, quem allegat, &
sequitur videndus *Afflict. in Constit.*
Obscuritatem sub num. 4. versic. & vi-
de vnum Consilium, vbi allegat etiam
Cyn. & alios.

Neq; vltimo loco obstabat illud;
quod debebat nimirū cessare reme-
diū extraordinariū, quotiescūq; com-
petit ordinarium; quoniam hoc non
procedit quando remedium extraor-
23 dinarium pinguius prouidet, vt in
casu disputationis, vbi reclamatio
non poterat impedire sententiae exe-
24 quutionem; sicut impediebat resti-
tutio, vt dicit idem *Afflict. in d. Con-*
stitut. Obscuritatem sub num. 4. in fine;
& propterea quamuis deindè Duces
in causa reclamationis obtinuissent,
25 non ideò retractari poterat exequu-
tio, & venditio Terrae super qua fue-
rat praestita assistentia, vt dicit *de*
Franchis in dec. 120. & proindè pare-
ret praeiudicium irreparabile, & pro-
pterea debebat concedi remedium
extraordinarium restitutionis, vt post
alios, latè refert *Muta in d. decis. 84.*
num. 2. & Scaccia de sentent. & re iu-
dit. glos. 14. num. 71. & licet fuerit pe-
tita post exequutionem factam vigo-
re litterarum exequutorialium; ta-
men huiusmodi restitutio ex hoc ca-
pite impedit exequutionem, quę hoc
casu non dicitur facta, nisi fuerit per-
fecta per solutionem, vel rei tradi-
tionem, nàm restitutio hoc casu ęqui-
paratur nullitati, latè *Gratian. cap.*
708. n. 46. cū seqq. & refert *Reg. Rouit.*
in d. pragm. 5. de offic. S.C. num. 23.

Fuit

Fuit dictum, quod sententia debitæ exequutioni demandaretur super bonis allodialium tantùm, vt in processu in Bāca Figiolę pro Amico.

SVMMARIVM.

1 *HÆreditas non potest dari pacto: duplici ratione.*

..Prima, quia videtur donatio omnium bonorum: quæ iure improbatur.

..Altera, quia tollitur libera testandi facultas, quod legibus contradicit.

2 *Pactum, & promissio aliquem hæredem facere, vel quod succedat in vniuersa hæreditate, vel bonis, inualidum iudicatur.*

..Secùs si pactum non respiciat vniuersam hæreditatē, nec omnia bona.

..Quia licet restringatur, non tamen in totum tollitur libertas testandi.

3 *Pactum si concipiatur in personam promittentis licet de tota hæreditate, validum erit secundum quosdam.*

..Secùs si concipiantur verba impersonalitèr.

..Sed huiusmodi opinio reijcitur.

4 *Pactum idem iudicandum de re particulari, quam de quota hæreditatis.*

..Et proindè valet, quia non tollitur libera testandi facultas licet restringatur.

5 *Pactum quod quis sit hæres vniuersalis, vel quod succedat in omnibus bonis præsentibus, & futuris irritum est.*

6 *Conuentio indefinita nimirùm, quod quis hæreditabit, vel succedet, neq; valet, iuxtà opinionem* Fontanellæ, *quia indefinita æquipollet vniuersali.*

..Sed contrarium tenuit Senatus, quia saltem vt actus valeat, debet intelligi de bonis præsentibus tātùm.

7 *Conuentio, & pactum licet fiat per verbum succedat, vel quod sit hæres, valebit tamen si constet contrahentes noluisse intelligere de vniuersa hæreditate, & successione.*

8 *Pactum etiam de tota hæreditate valet secundum nonnullos fauore matrimonij.*

..Imò ità in pluribus regionibus de consuetudine seruatur.

..Præcipuè fauore certi matrimonij, quod alias non fuisset cōtractum.

..At multi contrarium tenent, & fortè magis communitèr.

..Nisi pactum esset de re particulari, non autem de tota hæreditate.

9 *Pactum de hæreditate, nùm possit iuramento firmari remissiuè.*

10 *Verbum hæreditas importat vniuersalem successionem.*

11 *Pactum de futura successione viuentis inualidum est, cum sit contra bonos mores.*

..Adeò vt procedat etiam in filijs disponentibus de hæreditate parentum.

..Adeò vt neq; iuramento validari possit.

..Nisi tamen ille de cuius hæreditate agitur consentiat.

12 *Præsens præsumitur consensum præstare super pacto de futura eius successione.*

..Dummodò vsq; ad extremum vitæ spatium in eadem perseuerauerit voluntate.

13 *Tertius de cuius successione fit pactū, poterit consensum, & voluntatem ad libitum mutare, nedùm expressè, sed tacitè disponendo nimirùm contra pactum.*

..Siuè in vltima voluntate, siuè inter viuos.

14 *Si de voluntatis mutatione non constat, illa non præsumitur, sed perseuerantia.*

15 *Superfluitas omninò vitanda est, etiā in contractibus.*

16 *Verba non secundum sonum, sed secundum mentem, & intentionem proferentis debent intelligi.*

..Imò debent potius impropriari, & intelligi secundum subiectam materiam, quam secundum propriam significationem.

17 *Ver-*

17 *Verba* text. in l. final. C. de pactis pō- derantur.

18 *Verbum* iubente *positum* in l. final. C. de pactis *pro consensu accipitur*.

19 *Pactum vt actus valeat restringitur ad bona præsentia, nec extenditur ad futura.*

.. *Et hoc casu verbum hæreditas exponitur pro bonis, & adaptatur ad actum inter viuos.*

.. *Nec comprehendet iura, & actiones.*

20 *Iuramenti virtus est, vt valeat pactum saltem, quo ad bona præsentia.*

21 *Iura, & actiones, & nomina debitorum constituunt tertium genus bonorum.*

22 *Iuramentum facit subintelligi clausulam* omni modo meliori.

23 *Clausula* omni modo meliori *operatur, vt pro substinendo actu, bona futura separentur à præsentibus.*

24 *Verbum* spectans, & competens *importat dominium.*

25 *Verba nè sequatur absurdum impropriari debent, & verbum hæreditas accipitur pro portione.*

26 *Legitima non est quota hæreditatis sed bonorum.*

.. *Ideò succedens in ea, dicitur particularis non vniuersalis successor.*

27 *Pactum aliud est de quota hæreditatis, & successionis, aliud de quota bonorum, quod validum est.*

28 *Donatio facta in beneficium tertij, censetur reuocata ex coniectura paternæ pietatis, casu quo filij decederent cum filijs*, ad tex. in l. cum acutissimi, C. de fideicommissis.

.. *Non enim præsumendum est voluisse parentes, alienam personam propriæ soboli anteponere.*

.. *Hoc autem procedit tàm in donatione causa mortis, quàm in donatione inter viuos.*

29 *Dispositio* l. cum auus, & l. cum acutissimi, *procedit tantùm in contractibus lucratiuis, & factis solum gratia recipientis.*

.. *Non autem in contractibus onerosis, qui fiunt gratia vtriusq; qui nequeunt vnius tantùm voluntate resolui.*

.. *Et eadem ratio pietatis militat in vno, quàm in alio ex cōtrahentibus.*

30 *Donatio facta contemplatione matrimonij, & in capitulis matrimonialibus dicitur correspectiua, & facta gratia vtriusq; & causam onerosam habere.*

31 *Clausula*, & non alitèr *conditionem præcisam importat.*

32 *Donatio facta à viro ignobili vxori nobili dicitur facta in remunerationem nobilitatis: quam dicitur amisisse mulier nubēdo viro minùs nobili.*

.. *Quod procedit etiam si vir esset ditissimus, quia non compensatur cum nobilitate.*

32 Auth. æqualitas, C. de pactis conuentis, *fuit Consuetudine abrogata.*

34 *Donatio facta vxori in præmium nobilitatis amissæ dicitur propria mulieris.*

.. *Nec tenetur illam filijs prioris matrimonij reseruare.*

.. *Nec in ea habet locum* Consuetudo Neapol. si qua mulier.

.. *Et poterit de ea ad libitum disponere.*

.. *Nec in ea habet locum dispositio* l. cum auus, *neq;* l. si vmquam, C. de reuoc. donat.

35 *Conditio si sine liberis tacitè subintellecta, ex dispositione* l. cum auus, *procedit quoties filij, quos Testator verisimilitèr voluit præferri successissent, & essent hæredes grauati, secùs quando non possent, vel nollent succedere: quia tùnc cessaret illa ratio pietatis.*

36 *Inter conditionem si sine liberis expressam ab homine, & tacitam à lege subintellectam, illa est differentia, nàm in illa cum solum factum attēdatur sufficit cum filijs decessisse, licet non fuerint hæredes, secùs in tacita, quia illa cessat quoties illi nollent, vel nequirent esse hæredes.*

37 *Conditio si sine liberis non subintelligitur,*

gitur, quando filij non ipsi grauantur, sed sunt positi in conditione.

..*Nec procedit hoc casu dispositio* l. cum auus, & l. cum acutissimi.

38 *Vxores associantur per viros in bonis acquisitis constante matrimonio secundum leges Hispaniæ, & vocantur bona ganantialia.*

..*Et non statim facta acquisitione acquiritur ius vxori, sed attenditur tempus mortis.*

39 *Pater donans filio post mortem cum reseruatione vsusfructus, dũ in vita remanet administrator, si bona fide, & absq; fraude aliquod debitum intuitu administrationis faciet, non poterit inficiari, & reiuendicari per filios.*

..*Sed hoc non procedit, nisi in donatione omnium bonorum tantùm, secùs si aliquorum.*

ARGVMENTVM.

Hæreditatem pacto dari non posse; nisi de quota hæreditatis, vel re particulari conueniatur ad intellectum, *l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & l. fin. C. de pactis*; sed quid fauore matrimonij.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXVII.

1 Hæreditatem pacto dari minimè posse, expressè decreuerunt *Imperatores Diocletianus, & Maximilianus in l. hæreditas* 5. C. *de pactis conuentis*, & hoc duplici quidem ratione, vt Doctores considerant: Prima, quia videtur donatio omnium bonorum, quæ iure improbatur, *ad tex. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat.* altera quia tollitur libera testandi facultas, quod legibus contradicit *l.* 1. *C. de Sacrosanct. Eccles. cum concord.* quæ quidem rationes meo sanè iudicio in vnam reijncidere videntur, nàm ideò donatio omnium bonorum nulla iudicatur, quia liberam aufert testandi facultatem secundum omnes *in l. fin. C. de pactis*, & refert *Seraphin. de priuil. iuram. priuil.* 107. *nu.* 3. *in fine.* & ideò cùm hæreditas testamento, non pacto dari consueuit inualidum iudicatur hoc pactum, quo hæreditas dari conuenitur, *Glos. in d. l. hæreditas, Tiraq. de priuil. piæ causæ priuil.* 166. *& in l. si vnquam in verb. donatione largitus num.* 132. *C. de reuoc. donat.* latissimè *Menoch. in consil.* 1. *num.* 139. vbi quod aliàs testamenti sollemnitas subuerteretur contra *text. in l. nemo potest de leg.* 1. & idem *Menoch. in consil.* 92. *num.* 45.

In huiusmodi tamen materia benè distinguere videntur Doctores: quod aut quis promittit aliquem hæredem facere, vel quod succedat
2 in vniuersa hæreditate, vel in omnibus bonis, & hoc easu pactum inualidum esse dixerunt, quia auferri videtur ab eo libera testandi facultas *d. l. hæreditas, & d. l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligat. cum concord.* aut verò pactum non respicit vniuersam hæreditatem, nec omnia bona: & tùnc quia non aufertur disponendi potestas licet restringatur, valebit pactum secundum *Decii in l. pactum, C. de pactis col. pen. versic. limitatur*, & ibi *Lancellott. Dec. col.* 1. *versic. limita tamen*, & optimè *Alex. in consil.* 29. *col. antepen. lib.* 5.

Et quamuis nonnulli, inspiciendum esse teneant, quibus verbis pactum, & promissio concipiatur: quia
3 si verba dirigantur in personam promittentis, veluti si dicatur promitto tibi

tibi bona mea, vel hæreditatem meã validum erit iudicandum pactum, quia non videtur tolli facultas testandi, sed obligatio incipit in persona hæredum, quasi donator obligauerit se,& suos hęredes ad tradendum bona donatario, & procedit *tex.in l.1.C.vt action.ab hæred.& contra hęred.* quem ad hoc allegat *Glos.in d.l.fin.C.de pactis in verb. accomodauerit.* Si verò verba concipiantur impersonalitèr, ità quod non respiciant personam promittentis,sed bona,& obuentionem bonorum, & sic per viam successionis, & eo casu non valebit pactum, vt post *Bart. & alios* videtur distinguere *Roman.in consil.26.& Card.Paris.consil.26 num.68.& seq.lib.2.* Nihilominùs verior est opinio superius relata, quod quando pactum non respicit vniuersam successionem, sed partem; tùnc quibuscumq; verbis concipiatur pactum, validum iudicabitur, cùm tota vis consistat, nùm tollatur libera testandi facultas; vndè etiam quod verba respiceret promittentem si tamen pactum esset de vniuersa hæreditate, neq; valeret, vt post *Oldrad.in consil.139 & Bart.in d.l.fin.C.de pactis,& in d.l.stipulatio*, firmat *Alexand.in consil.28.lib.3.& consil.85.lib.2.* optimè *Cassan.in consil.39.num.7.& 15 & per tot. Gratian.discept.for.cap.692.in princip.* & benè post alios omninò videndus, refert idem *Cardin.Paris.in d.consil.26.lib.2.à num.81.* & meliùs *nu.85.cum seq & 106.* vbi ideò asserit idem prorsus esse iudicandum in pacto de re
4 particulari, quam de quota hæreditatis,quia eadẽ viget ratio in quota, quæ in re particulari,cùm non tollatur testandi facultas,sed restringatur, & allegat *Bart. in l.nomen,§.filio de leg.3.* & optimè *idem Paris.num.116.cum seqq.* & eum sequuntur *Gozzadin. in consil.87. num.17. Honded.in consil.40.per tot. lib.1.* & omninò videndus *Marcambrun. ab anguillis in consil.6.per totum*, vbi alios allegat.

Hanc etiam distinctionem videtur sequi *Fontanel. de pactis dotal.*
5 *claus.4.glos.9 par.4.per totam*, vbi dicit,quod aut clarè constat ex verbis, quod vniuersa hæreditas fuerit pacto donata,pura si dictũ fuerit, quod sit hæres vniuersalis, vel quod succedat in omnibus bonis pręsentibus, & futuris, vt ipse exemplificat *sub n.18.& 19.* & non valebit pactum, aut verò indefinitè loquitur, nimirùm, quod hæreditabit, vel succedet vt exemplificat *num.37.& seq.* & hoc casu licet ipse teneat, neq;valere,ex eo quia indefinita æquipollet vni-
6 uersali,& potest comprehendere omnia bona etiam futura,vt ipse fundat *num 44.& 46.* tamen contrarium dicit tenuisse Senatum; quia saltem vt actus valeat intelligi debet de bonis præsentibus tantùm,authoritate *Bar. Bald. & Castr. in l.quæsitum, § pen.ff. de legat.1.* optimè *Gabriel in consil.137. num.20.cum seqq.lib.1.& Peguer.decis.170.* tamen quicquid sit ipse intelligit suam opinionem procedere, quando non adsit aliqua coniectura ex qua possit colligi, contrahentes non vniuersam successionem comprehendere voluisse, vt *num.46.cum pluribus seqq* at quando constaret ex verbis,vel etiam ex coniecturis, pactum non esse de vniuersa hæreditate,nec fuisse intentionem contrahentium comprehendere omnia; tùnc pro validitate pacti concludit ex *Castr.Soccin.Crauett.Grass.& alijs nu.*
7 *106.& 111.* & clariùs *num.117.* vbi expressè suam limitat opinionem, quod non sit pactum de tota hæreditate, & successione; licet fiat per verbum succedat,vel sit hæres, quia tota vis quæstionis pendet nùm agatur de vniuersali, an verò de particulari successione, quibuscumq; verbis fiat,& ità firmat *num.142.* vbi allegat *Grass.in § successio,quæst.9.n.18.* & hanc esse meram veritatem fatetur.

Nonnulli etiam voluerunt, valere huius-

huiusmodi pactum, etiam quod de tota esset hæreditate fauore matri-
8 monij, imò ita in pluribus Regionibus de consuetudine seruari, vt post *Guid.Pap.decis.*267.*& decis.*505. latè refert *Menoch. in cons.*1.*à num.* 192. *cum seqq.& cons.*92.*num.*53. *Bereng. Fernand. de filijs natis ex matrimonio ad morganat.contract.cap.*6.*per tot.* & videtur sentire *Anton. Fab. in Cod. lib.*5.*tit.*9.*de pactis conuent.diffin.*6.7. *&* 8. *Molin.de primogen.lib.*2. *cap.*10. *num.*17.*&* 18. *Guttier. de iuram.confirm.par.*1.*cap.*11.*num.*19. *Molin.de ritu nupt.lib.*3.*quæst.*2.*à num.*70.*cum seqq. & quæst.*3. *Crass.in* §.*successio ab intest.quæst.*9.*num.*4.*cum seqq.*latissimè *Gratian. d.cap.* 692. & quod possit huiusmodi pactum statuto confirmari, tenet *Tiraq. de iure primogen. quæst.*7. *Fachin.controuers.lib.*5. *c.*84. *vsque ad* 87.*& Peregrin.art.* 51.*n.*24. *cum seqq.* Et hoc admittit etiam *P. Molin. de iustit. & iur. disput.*280. *col.*7.*vers.dubium postremum*, fauore tamen certi matrimonij, & demùm latè de hoc agit *Cutell. de donat. contempl.matrim.tom.*2.*tract.*2.*discurs.*1. *inspect.*1.*per totum.*

At multi negatiuam partem, & fortè magis communitèr sequuti fuere, vt per *Viu.comm.opin.*577.*n.*3. idem *Menoch.cons.*92.*num.*15.*&* 16. *Decian.cons.*31. *num.*31.*lib.*1. idem *Franc. Molin. de rit. nupt. d. quæst.*2. *num.*24. *& Fontanell.d.claus.*4.*glos.*9. *par.*4.*num.*13. *cum seqq.* vbi tamen *sub num.*142.fatetur, quod si pactum non de tota hæreditate, & successione fuerit conceptum, valebit eo casu fauore matrimonij, & iuramenti: & iterùm *Glos.*21.*par.*2.*num.*22. & post *Dec.in cons.*225.*Boer.Caualc.& Bellamer.* refert *Peregr. cons.*65. *lib.*1.*Cels. Vgo in cons.*58.& ita decisum per Senatum Cathaloniæ refert *Cancerius lib.*3.*var.c.*7.*nu.*117.*Peguer.dec.*170. & latè idem *Cutell. vbi sup. num.* 16. *vers.demum cum seqq.*

Et hæc quidem opinio videtur fundari *in d.l. hæreditas*, *C. de pactis conuentis*, vbi loquitur de pacto in capitulis matrimonialibus apposito, & tamen nullum esse decernitur, quod etiam deciditur *in l.pactum quod dotali* 15.*C.de pactis*, ibi, *Pactum quod dotali instrumento comprehensũ est*; & ita etiam videtur sentire *Thesaur.decis.*225. *& Dom. de Franch. in decis.*89.*& Fusar.quæst.*308.*num.*46.

Sed an etiam possit huiusmodi
9 conuentio iuramento firmari, latè etiam disputatur inter *Doctores*, vt habetur post alios per eundem *Cutell.vbi supra à num* 18.*cum seqq.*

De his autem latissimè fuit in S.C. disputatum in causa inter hęredes Flaminij Melonij, & Io.Baptistam, & fratres dela Vecchia coram doctissimo Consiliario Andrea Prouenzano in banca de Carbono. Contracto enim matrimonio in anno 1557. inter Donatum dela Vecchia filium Loriti, & Lauram dela Bastia Terrę Foggiæ: fuit in capitulis matrimonialibus inter alia expressè conuentum: Quod præmoriente Donato viro superstite ipsa Laura cum filijs procreandis, qui filij posteà decederent ante decimum quintum ętatis annum, eo casu hęreditas ipsi Donato competens super bonis, & facultatibus Loriti patris pro medietate peruenire deberet ad ipsam Lauram in perpetuum: Si verò filij morerentur decimoquinto post ætatis anno, tùnc integra prædicta hæreditas perueniret ad ipsam Lauram: Quia sic specialitèr conuenerunt, & promiserunt dictæ Lauræ, tàm Donatus, quàm Loritus pater ibidem præsês, & non alitèr, nec alio modo.

Ex prædicto matrimonio nati sũt Horatius, Sebastianus, & Cæsar, qui omnes decesserunt post decimum quintum annum, superstite ipsa Laura matre, sed pluribus relictis filijs, videlicèt Io.Baptista, Vincentio, Cęsare, & alijs; qui defũcta deindè Laura eorum auia in anno 1611. fuerũt

declarari eius hæredes vniuersales, qui prosequendo iudicium iàm intentatum per Lauram quæ petierat, stante morte filiorum post decimum quintum ætatis annum immitti in possessionem bonorum qu. Loriti, vigore prædictæ conuentionis; in anno 1615. obtinuerunt decretum, quo fuit declaratũ bona omnia qu. Loriti in actis mẽtionata spectauisse ad Laurã, & consequẽtèr deindè ad ipsos nepotes,& vniuersales heredes.

Possidentibus igitur dictis nepotibus comparuerunt in M.C.V. filij, & hæredes qu. Flaminij Melonij, & pro eis Laura Iannattasia mater, & tutrix, & petierunt ob tertias non solutas rescindi contractum annuorum duc. 100. olim venditorum per dictum qu. Donatum virum Lauræ pro capitali duc. 1000. cum obligatione etiam prædictorum Horatij, & Sebastiani,& pro eisdẽ quantitatibus præstari assistentiam super quibusdam bonis possessis per prædictos nepotes Lauræ; & obtinuerunt decretum, quod prædicti nepotes soluerent annatas petitas aliàs prouidebitur; Quod decretum fuit etiã confirmatum mediante sententia S.C. à qua cùm fuisset dictum de nullitate, quia contra vnũ ex prædictis nepotibus iàm mortuũ,ex dispositione *tex. in l. in summa, §. fin. ff. de re iud. & de Franch. decis. 245.* fuit dictũ nullitates obstare, & proindè procedatur denuò ad expeditionẽ causæ.

Dùm igitur de illius expeditione ageretur; dicebant conuenti,quorũ partes defendebã, nullo modo posse molestari,cùm possiderent bona prædicta vti heredes Lauræ eorum auię, non autẽ vti hæredes qu. Horatij,& Sebastiani,& Donati aui, quorũ hæreditatibus expresse renunciauerãt.

Proindè conabatur ex aduerso pats totis viribus infringere pactũ, & conuentionem prędictam,ex quo non poterat hæreditas Loriti pacto dari, etiam fauore matrimonij ex supradictis, tanquàm contra expressam dispositionem *d. l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & d. l. pactum quod*

10 *dotali, C. de pactis*; verbum enim *hæreditas* importat vniuersalem successionem, vnde videbatur tolli Lorito patri libera testandi facultas, vt laté comprobat *Fontanella d. claus. 4. Glos. 4. par. 4. à num. 63. cum seqq.*

Nihilominùs his omnibus multiplicitèr occurrebamus: & primò dicebamus, nos minimè versari in casu *d. l. hæreditas, C. de pact. conuent.* sed esse in casu *l. fin. C. de pact.* vbi licèt *Imperator Iustinianus* decreue-

11 rit pactum de futura successione viuentis esse inualidum, cùm sit contra bonos mores,& inducat votum captandæ mortis, adeò vt procedat etiã in filijs disponentibus de hæreditate parentum, vt sentit *Glos. in d. l. fin.* cõmunitèr recepta,& cæteri, quos allegat *Thesaur. d. decis. 225.* vbi *Addites*, ita vt neque iuramento validari possit, vt post eundem *Thesaurum* tenet etiam *P. Molses. super Consuet. Neap. par. 4. tit. de renunt. q. 9. sub num. 3.* Attamen ipsemet *Imperator* hanc determinationem declarauit,nisi ille de cuius hæreditate, & successione disponitur consentiat, ibi, *Nisi ipse forte de cuius hęreditate pactum est, voluntatem suam eis accomodauit*: Vndè cùm in casu contingenti Loritus pater, de cuius successione, & hære-

12 ditate agebatur fuisset præsens in capitulis, quo casu præsumitur consensisse,vt in puncto post *Decium in cons. 31. num. 4. col. 2. vers. præterea*, firmat *doctissimus Paul Staib. Sen. in cons. 57. n. 3.* quẽ doctissimis ẽt additionibus illustrauit *Paul. Staib. nepos tunc Aduocatus primarius, nũc Regius Consiliarius meus Collega*, & refert *Mar. Cutell. de donat. contẽpl. matrim. tract. 1. discurs. 3. par. 6. num. 126.* sequebatur conuentionem prædictam validam omninò esse iudicandam.

Et quamuis idem *Iustinianus* addiderit, hoc procedere, *Si in ea voluntate*

luntate vsque ad extremum vitæ spatium perseuerauerit; adeò vt possit il-
13 le tertius, de cuius successione paciscitur, suam ad libitum mutare volũtatem, & consensum, nedùm expressè, sed etiam tacitè, disponendo nimirùm contra pactum, siuè in vltima voluntate, siuè inter viuos, vt docet *Purp. in d.l.fin. num.* 73. *C. de pactis*, *Menchac.controu.illustr. cap.*44. *lib.*4. *nu.*11.*cum seqq.* & reliqui *per P.Sanchez in præcept.decal.tom.*2.*lib.*7.*cap.*2. *num.*15. Attamen semper quod non constat de mutatione voluntatis, illa
14 non præsumitur, sed perseuerantia, vt habetur *in cap.maiores, de baptismo*, & post eundem *Purpuratum in d.l.fin.* *n.*74. tenet *idem P.Sanch.d.n.*15.*in fin.* & cęteri per *Episc.Barbos.in d.l.fi.n.*11.

Quod autem versaremur in casu *d.l.fin. C.de pactis*, facillimè ostendebamus, quoniam contractus principalitèr videbatur initus inter Donatum virum, & Lauram vxorem, Donatus autem donationem vxori promiserat de hæreditate sibi competente super bonis Loriti patris viuentis, cum eius cõsensu expresso, & promissione: dicebatur enim quod decedente Donato viro, superstite Laura cum filijs, qui decederent ante, vel post decimum quintum ætatis annum, hæreditas spectans ad Donatum super bonis, & facultatibus Loriti sui patris, perueniret pro medietate, vel integrè ad Lauram, secundum casum contingentem; Ex quibus verbis licet non appareret conuentio expresè concepta in personam Donati filij, sed impersonalitèr, ex serie tamen verborum dilucidè colligebatur, verba in Donatum principalitèr fuisse directa, & Donatum fuisse qui de hæreditate patris ad ipsum competente disposuerat; Si.n. Loritus pater voluisset ipsemet de sua hæreditate integrè, vel pro medietate secundum casum contingentem mortis filiorum ante, vel post 15. annum in beneficium Lauræ disponere; dixisset, quod eo casu eius hæreditas perueniret ad Lauram; neque opus fuisset dicere, q hæreditas competens Donato super bonis, & facultatibus Loriti patris perueniret ad Lauram, quamobrem
15 omnia illa videbantur superflua, & absque effectu, quod omninò vitandum erat, *l.*3.*in prin.de iureiur.* etiam in contractibus, *l. si stipulatus fuero*, *ff. de verb. oblig.* & post alios refert *Menoch.in cons.*373.*num.*8. Sed quia Donatus erat ille, qui de hæreditate patris viuentis disponebat, ideò posita sunt illa verba, quæ necessaria tùnc omninò erant, nempè quod hæreditas ad ipsum spectans super bonis patris perueniret ad Lauram, & sic videbamur esse in proprio casu *d.l.fin.C.de pactis*, in quo, stante consensu illius, de cuius successione paciscebatur valebat pactum.

Nec multũ obstare dicebã subsequẽtia verba: ibi, *Quia sic speciali pacto ad hanc conuentionẽ deuenerunt, & promiserunt dicti pater, & filius*, quasi illud verbum *promiserunt* in plurali numero, significare videretur etiam principalẽ patris promissionem, non autẽ simplicem consensum: Quoniã dùm ex antecedentibus benè constabat Donatũ principalitèr disposuisse de Loriti patris hæreditate sibi competente, verba illa debebant intelligi, & accipi respectiuè, idest principalitèr quoad Donatum, & subsequutiuè, & pro cõsensu quoad Loritum patrem, vt actus valeret: cùm non sit nouum, verba non se-
16 cundum sonum, sed secũdum mentem, & intentionem proferentis debere intelligi, *l.non omnis in princip. ff. si cert.pet. l.sed Celsus* §.1. vbi *Gloss. in verb. sequendum, ff. de contr.empt. cum alijs per Surd. in cons.*431.*nu.*35. Quinimò debere potius impropriari, & intelligi secũdum subiectã materiam, quam secundum propriam significationem, vt optimè per *Gemin.in cons.*122.*num.*2.*& Calderin.in*

*conf.*244. *aliàs* 23. *de præbendis*, & optimè ad propositum *Roland. in d. conf.*61.*num.*13.& 26.*lib.*3.pręcipuè vt actus valeat, per *text. in l. quoties in stipulationibus*, *ff. de verb. obligat.*

17 Eo maximè cũ Imperator Iustinianus *in d. l. fin.* non dixerit, *nisi ipse forte de cuius hæreditate pactum est consenserit*, sed asseruit, *nisi ipse suam voluntatem accomodauerit*, quę verba magis generalia sunt, & apta cõpræhendere omnem modum, per quem voluntas declarari poterit, & sic etiã promittendo, seù approbando pactũ illud: Quinimò subdidit *Iustinian. licebit eis illo sciente, & iubente huiusmodi pactiones seruare*: quasi etiã ille

18 tertius iubere possit, vt de sua hæreditate paciscantur, quod videtur esse plus quam consensus; Et tamèn pro consensu accipitur, vt dicit *Purpurat. in d. l. fin. num.*67. vndè etiam in hoc casu illud verbũ *promiserunt*, respectu Loriti patris erat accipiendum pro consensu, seù iussione, vt videtur sentire *Gozzadin. in consil.* 98. *in princ.* & faciũt tradita per *Menoch. in d. consil.* 92. *num.* 45. & *Bursat. in consil.* 136. *num.* 105. & *seqq. vol.*2.

Ex quibus dicebamus omninò nos versari in terminis *d. l. fin. C. de pactis*, nõ autem in terminis *l. hęreditas, C. de pact. conuent.* & consequẽtèr stãte consensu, & approbatione Loriti patris, de cuius successione agebatur validum fuisse pactum.

Sed quatenùs essemus in casu *d. l. hęreditas*, illam tamẽ parùm obstare, nec esse applicabilem ad casum fatebamur.

Etenim ex superiùs allegatis in hac materia, tùnc locũ sibi vindicabit dispositio dictæ *legis hæreditas*, quatenùs de vniuersa hæreditate paciscatur, secus si de parte etiam quotitatiua secundum opinionem *Card. Paris. in d. conf.*26. *nu.*106. *lib.*2. Vnde cùm in nostra hypothesi, non de vniuersa Loriti successione fuerit conuentum, sed de parte, omninò cessare dicebamus *dictæ legis* dispositionem. Licet enim pactum videbatur loqui de hęreditate Loriti patris, non tamen intelligi debebat de vniuersa hæreditate, ita vt sublata videretur testãdi facultas, sed solùm de bonis præsentibus tempore donationis, & conuentionis: Etenim vt actus valeat restringitur pactũ ad

19 bona præsentia, nec extenditur ad futura, vt tenet *Bart. in l. quæsitũ, S. pen. ff. de leg.* 1. & verbum *hæreditas*, hoc casu exponitur *pro bonis*, & adaptatur ad actum inter viuos, vt docet *Gloss. in d. l. quæsitum, in verb. hæreditati*, vbi exponit, *idest bonis*, tenet etiam optimè *Bologn. in d. l. fin. n.*152. *in fin.* vbi expressè fatetur, quod si quis donauerit hæreditatem suam resoluitur, ac si dixisset omnia bona præsentia, & valebit donatio, sequitur *Gozzadin. in cons.* 87. *num.* 17. & post alios dixit *Crauett. in cons.*139. *num.*6. & *Cancer. d. lib.*3. *var. cap.* 7. *num.*122. & 127. *cum seqq.* & *Peguer. d. decis.* 170. *num.* 3. vel saltem non

20 comprehendet iura, & actiones, & nomina debitorum, quæ vidẽtur cõstituere tertium genus bonorum, de quo omnium latissimè *Iacob. Scultet in addit. ad Modestin. Pistor. p.*3. *q.*124. *à num.* 4. *cum pluribus seqq.* & hoc

21 stante iuramento, cuius virtus est, vt valeat hoc pactum, saltem quoad bona præsentia, vel quoad mobilia, & stabilia, exclusis Iuribus ad hoc vt substineri possit, præcipuè quia iuramentum facit subintelligi clau-

22 sulam, *omni modo meliori*, quæ operatur, vt pro substinendo actu, bona

23 futura separentur à præsentibus, vt post *Bart. Dec. Angel. Alex. Salic. Crot. Ruin. Surd.* & alios, tenet *Cutell. de donat. in tract.*2. *discurs.*1. *spec.*1. *n.*17. & *P. Molin. de iust. & iur. disput.* 280. *col.*1. & 2. vbi stante iuramento in totum valere conuentionem fatetur, cùm possit seruari absque interitu salutis æternæ.

At præter id, quod Ius intelligit, ita

ita etiam intellexisse contrahentes dicebam; non enim dixerunt, quod hæreditas Loriti patris integrè, vel pro medietate in casu mortis filiorũ antè, vel post 15. ætatis annum perueniret ad Lauram, quo casu potuisset intelligi, disposuisse de vniuersa hæreditate, quæ omnia comprehenditi; sed dixerunt, quod hæreditas cõpetens Donato super bonis, & facultatibus Loriti patris perueniret ad Lauram, ergò non intellexerunt de tota hæreditate Loriti, sed tantũ de illa, quæ competebat Donato, & cõsequẽtèr de portione, quę ad illum spectabat, nimirùm legitima, quę dicitur debita filio, qui idcircò dicitur quasi dominus in vita patris; quod non obscurè innuere videtur illud
24 verbum spectans, & cõpetens, quod importat dominiũ, *l. verbum pertinere ff. de verb. signif. Felin. in rubr. de rescript. col. 4. num. 7. in fine, & Soccin. in consil. 8. nu. 3. lib. 1.* & optimè ad propositum faciunt notata per *Giurb. in Consuet. Messanę cap. 5. glos. 7. num. 1.* nec sinè mysterio addiderũt illa verba super bonis, & facultatibus Loriti patris, quia voluerunt clarè ostendere, noluisse intelligere de vniuersa Loriti hæreditate, sed tantũ de portione Donato filio cõpetente super bonis patris, aliàs si voluissent de tota successione intelligere, esset infulsè dictum, hæreditas spectãs ad Donatum super bonis patris, non enim fuisset necessarium addere super bonis, sed dixisent, hæreditas Loriti spectans ad Donatum: & propterea,
25 nè sequeretur absurdum, debebat illud verbum hereditas impropriari, & intelligi pro portione competẽti, vt post *Bart. Bald. & Castr. in d. l. quæsitum §. pen. de legat. 1.* latè refert *Peguer. d. decis. 170. num. 1. & seqq.*

Neq; poterat intelligi de quota hæreditatis, nàm portio legitima nõ
26 est quota hæreditatis, sed quota bonorum, secundum cõmunem opinionem, & dicitur successio particularis non vniuersalis, *l. quoties C. de hæred. instit.* de quo latè per *Mercur. Merlin. de legitima lib. 1. tit. 1. quæst. 2. per totum*, & ideò succedens in ea dicitur particularis, non vniuersalis successor, vt per *Dec. in d. l. quoties*, & esse ius particularè, non vniuersale dixit *Rota diuers. par. 1. decis. 474. nu. 3.* & ideò validam fuisse conuentionẽ dicebamus, dùm de quota bonorum, non hæreditatis fuerat conuentum, vt in puncto dixit videndus *Cardin. Mãtica de tacit. & ambig. lib. 12. tit. 34. num. 19. versic. quoties casus*, vbi allegat *Dec. in d. cõs. 225. n. 4. & cons. 578.*
27 *num. 6. & seqq.* vbi in puncto asserit aliud esse pactum de quota hæreditatis, & successionis, aliud de quota bonorum, & substantiæ, quod validũ est.

Præterea dùm fuit dictum, quod hæreditas competens Donato super bonis patris, perueniret ad Lauram, ergò nõ fuit sublata potestas Lorito ad libitum disponẽdi, quia poterat liberè disponere de reliquo, excepta portione Donato filio competenti, quam voluerũt peruenire ad Laurã: ideò dùm cessabat ratio *l. hæreditas*; cessare etiam debebat illius dispositio, vt considerat etiam in casu suo *Gratian. d. cap. 692. in princ.*

Sed adhùc non quiescebat pars, sed iterum vrgebat, dicens huiusmodi donationem factam in beneficiũ Laurę, casu quo filij ex illo matrimonio procreandi, decederent decimo quinto post ætatis anno, censeri reuocatam ex coniectura paternę pietatis, casu quo filij morerentur cum
28 filijs; haber enim donatio tacitam conditionem si filij sine filijs decesserint; vndè cùm Horatius, & Sebastianus ex prædicto matrimonio nati, decessissent pluribus relictis filijs, licèt post decimum quintum annũ, non poterat habere locum donatio in beneficium Laurę, ex illa tacita conditione iàm purificata, ad *textus* expressos quàmuis vulgatos *in l. cũ*

auus, ff. de cond. & dem. & l. cum acutissimi, C. de fideicom. & l. generalitèr §. cùm autē, ff. de instit. & substitution. vbi expressè sancitum reperitur in substitutionibus factis descendentibus subintelligi clausulā, si sinè liberis decesserint, non enim præsumendū est, nec videtur verisimile, voluisse parentes alienā personam propriæ soboli anteponere.

Hæc autem conclusio, adeò vera est, vt illam extēderint *Doctores*, tam in donatione causa mortis, quàm in donatione inter viuos, vt dixit *Menoch. lib. 4. præsumption. 89. nu. 150. & 152. Couarr. practic. cap. 38. versic. hæc autem voluntas, Peregrin. de fideicom. artic. 41 sub nu. 58. versic. contra tamē, & Anton. Gom. tom. 1. var. cap. 20. in fine:* & propterea quamuis huiusmodi conuentio, siuè donatio facta fuerit in contractibus inter viuos, resoluēda nihilominùs erat ex hac tacita conditione intellecta, si sinè filijs decessetint.

Quamobrē cùm ex hoc videretur resoluta donatio, necessariò sequebatur prædictos filios Horatij, & Sebastiani cōuentos, nō potuisse habere bona prædicta nisi vti hæredes ab intestato prædictorū parentum, non autem vti hæredes Lauræ, & consequentèr hypothecam constitutam per dictum quondam Donatum seniorem, & ratificatā per dictos Horatium, & Sebastianū super dictis bonis, nullo modo potuisse dici resolutam, sed adhùc viribus subsistere.

Attamèn licet vera fuerit hæc cōclusio, similes nempè dispositiones tacitam in se continere conditionē si sinè filijs, illamq; etiam in contractibus inter viuos locum sibi vendicare ex generalitate *textus in d. l. cū auus, & l. cùm acutissimi;* illa nihilominùs communitèr ab omnibus de-
29 claratur vt procedat tantùm in contractibus lucratiuis, & factis solùm gratia recipientis, non autem in cōtractibus onerosis, qui fiunt gratia vtriusq; contrahentis, vt in nostra hipothesi; cùm enim isti procedant ex voluntate vtriusq; & sint duplici voluntatis vinculo muniti, nequeunt vnius tantùm voluntate resolui, sed amborum contrahentium necesse est cōcurrat voluntas, *ad text. in l. ab emptione, ff. de pactis*, quia eadē ratione pietatis, qua fundatur dispositio *textus in d. l. cū auus, & l. cùm acutissimi*, nimirùm non esse verisimile, quemlibet, alienam voluisse propriè anteponere sobolem, excluditur hoc casu eadem dispositio; etenim si vnus ex contrahentibus velle præsumitur suam sobolem alienæ anteponere; eadem ratione præsumitur alter suā nolle excludere, & ideò cùm ambarum partium volūtas circà inclusionem, & exclusionē sobolis non concurrat, cessat in huiusmodi contractibus onerosis dispositio dictorū iuriū sic omnium primus, dixit *Bald. in d. l. cum acutissimi nu. 13. in fine*, quem sequitur *Iaf. in l. 3. num. 197. C. de iure empbit. Soccin. in d. l. cum auus nu. 97. versic. in contractibus verò col. 1. circ. med.* licèt nescio quomodo in cōtrariū ex aduerso allegetur, *& in consil. 93. num. 16. lib. 4. Menoch. d. presumpt. 89. nu. 152. in fin. lib. 4. Anton. Gabriel. de fideicom. concl. 2. nu. 59. Dec. in d. l. generalitèr sub nu. 9. Ruin. in consil. 35. ante num. 12. vol. 1. Tiraq. in l. si vmquam, in verb. susceperit liberos, n. 264. cum seqq.* & melius *in verb. donatione largitus, num. 140. & 216.* qui in puncto loquitur in contractibus correspectiuis factis inter virum, & vxorē in capitulis matrimonialibus, subtilissimè *Eman. Costa in c. si pater, p. 1. in verb. si absque liberis, n. 16. per tot.* vbi asserit hanc declarationē procedere in omnibus contractibus factis gratia vtriusque, *Soccin. iun. in d. l. cum acutissimi, num. 97. circa fin. Rusticus* latissimè *in d. l. cum auus, lib. 3. cap. 18. per totum*, quem sequitur *Fontanella clauf. 5. glos. 1. par. 2. num. 97.* & antea cum tenuit *Gregorius Lopez in l. 10. tit. 4.*

tit.4. partit.6. in verb. algun testador.

Quod autē in casu de quo disputabamus, pactio ista facta fuerit gratia vtriusq; & causam onerosam haberet, non poterat in dubium refricari; etenim cum fuerit facta in capitulis matrimonialibus, & diceretur correspectiua ad matrimoniū, & dotem, & ad alias causas, sequebatur illam dici onerosam, & factam gratia vtriusq; contrahentis, qui aliàs ma-
30 trimonium nō contraxissent, vt post multos declarat *de Ponte de potest. Proreg. in tit. de assens. Reg. sup. dotibus §.2. n. 20. per totum, Gizzarell. decis. 22.* & refert *Mar. Cutell. de donat. contēpl. matrim. tom. 1. discurs. 3. partic. 6. nu. 125. fol. 517.* vbi tenet, quod ex hac causa etiam hæreditas certi hominis pōt in pactū deduci, *Paul. Staib. Sen. in cons. 57.* optimè *Mantic. de tacit. & ambig. lib. 13. tit. 4. n. 12. & Tiraquell. in d. verb. donatione largitus n. 133. & Gratian. d. cap. 692. in princ.* præcipuè
31 stante clausula, *& non aliter*, vt in casu nostro, quę conditionnem pręcisā importat, *Ias. in l. fin. C. de iure emphit. num. 142.* cū alijs per *Episcop. Barbos. clausula 81.*

Insuper cū in facto satis fuerit probatum prædictam Lauram fuisse lōge melioris conditionis, & nobilitatis, quam Donatus vir, sequebatur
32 donationem illam fuisse factam in remunerationem, & compensationē nobilitatis, quā dicitur amisisse mulier nubendo viro minùs nobili, *ad text. in l. mulier, C. de dignit. lib. 12. & in l. non remunerandi, §. inde Papinianus, ff. mandati*, & in terminis voluerunt *Bart. in l. sua voluntate, C. de dotis promiss.* & latè *Petr. Barbos. in l. quę dotis n. 50. ff. solut. matrim. Surd. in consil. 164. num. 6.* & optimè *P. Sanchez de matrim. lib. 6. disput. 7. nu. 3. cum seqq.* vbi asserit hoc procedere, etiā si vir fuisset ditissimus, quia non per hoc compensatur cum nobilitate; cum post viri obitum remaneret vxor deterioris conditionis.

Et ex hoc tollebatur etiam aliud partis argumentum de æqualitate seruanda inter coniuges, *ad text. in auth. æqualitas, C. de pactis conuentis:*
33 nā præterquā quod prædicta *authēt.* fuit consuetudine abrogata, vt dicit ibi *glos. in. verb. paritèr, versic. sed cum hodie*, & idē *P. Sanchez d. lib. 6. disput. 1. n. 1.* nihilominùs aderat etiā ęqualitas propter nobilitatem amissam vt diximus.

Et ideò dicebamus donationem prædictam ex causa onerosa, nō autē
34 lucratiua processisse, adeòvt dicatur propria ipsius mulieris, ità vt etiam si ad secūdas transiuisset nuptias, nō tamèn tenebatur illam filijs prioris matrimonij reserbare, iuxtà dispositionem *l. feminę, C. de secund. nupt.* vt optimè refert *Fontanell. d. clausula 5. glos. 1. par. 2. nu. 87. Dominus de Franchis decis. 428. n. 3. & seqq.* neq; habebit locū *Consuetud. Neap. si qua mulier*, quia poterit de ea ad libitum disponere, vt dicit *Neapodan. ibidem in verb. saluo, vers. sed quid si hac mulier num. 50.* & propterea neq, in ea locum sibi vindicare poterat dispositio *d. l. cum auus, & l. cum acutissimi*, vt scribit *Tiraq. in d. verb. donatione largitus num. 140. & 226.* vbi neq; hoc casu habere locum dispositionem *d. l. si vmquàm* fatetur, quæ fundatur in eadē ratione pietatis propriæ sobolis proponendę, & sequitur *Rusticus in d. l. cum auus vbi sup. num. 8.*

Cæterum hæc conditio, *si sine liberis*, tacitè subintellecta ex dispositione prædictarum legū, procedit quotiès illi filij, quos verisimilitèr testator voluit præferri, successissent, & essent hæredes grauati, non autē quādo non possent, vel nollent succedere, tùnc enim cessaret illa ratio pietatis, quinimò esset verisimilitudo in contrarium, quod si non possent, vel nollent succedere, præsumeretur pater non considerasse eorum personā contra eorum voluntatem; & hęc est differentia inter conditionem, *si sine libe-*

liberis, expressa in substitutione, &
36 alteram tacitè subintellectam à lege, nàm in cōditione expressa ab homine, cum solum factū attendatur, sufficit cum filijs decessisse, licet non fuerint hæredes; in conditione verò tacita à lege subintellecta, cessat quando sua soboles non posset, vel nollet succedere, vt aduertit *Sebast. Sapia in l.precibus, n.32, C.de impub. & alijs substit.* vbi *Dec. n.11.cū seqq. Soccin.in d.l.cum auus, nu.100.in fin. Tiraq.in d.verb si susceperit liberos, n. 129.cum seqq.Zancha.in l.hæredes mei, §.cùm ità in 8.part.num.34 & par.10. num.10.* qui de communi testatur, *ad Trebell.Menoch.d.præsumpt.89.n.105.* vbi allegat *Padill. in l. cùm acutissimi, Peregrin.art.32.num.39. & artic.28. num.56,cùm seq.* ideò dū isti filij hæreditatem paternam renunciauerāt, & se declarari fecerāt hæredes Lauræ donatariæ, sequebatur, nullo modo posse procedere dictarum legum dispositionem.

Prætereà hæc conditio desumpta ex coniectura, *d.l.cum auus, & l.cum acutissimi*, nō poterat vllo modo præsumi, ac subintelligi, in casu de quo agebamus, vbi filij non ipsi grauabātur, sed tantùm erant in condirione
37 positi: non enim Loritus, & Donatus portionem illam hæreditatis donauerunt filijs ex dicto matrimonio nascituris, & illos morientes, deindè post decimum quintum ætatis annū, grauarunt de restituendo portionem illam Lauræ Matri, tùnc enim benè procederet dispositio prædictarum legum; quia intelligerentur grauati, si tamèn decederent absq; liberis cū limitationibus de quibus supra; sed prædicti contrahentes, portionis donationem fecerunt in beneficium Lauræ, casu quo filij decederent decimo quinto post anno, vndè filij ex illo matrimonio nascituri, nimirùm Horatius, & Sebastianus fuerunt tātùm positi in conditione, quo casu præfata conditio nō subintelligitur, nec habet locū dispositio *d.l.cū auus, & l.cùm acutissimi*, ità docuit *Bar.in l.qui filium, §.Sabinus, ff.ad Trebell.* vbi etiam notat *Imol. col. vlt. versic. vltimo diligentèr nota, Castr.in d.l.cū auus, num.2.& Soccin.num.58.Ias.in d.l. generalitèr, §.cùm autē nu.9.C.de instit.& substit.* vbi *Dec.nu.12.& idē in consil.581.num.8.vers.vlterius, Rimin.Sen.cons.283.nu.21.lib.2.* & Cæteri, quos ad hoc punctualitèr adducit *Menoch.* videndus *in d.præsumpt. 89.num.153.lib.4.*

Et ex hoc etiam refellebatur vltima oppositio, quā nouitèr ex aduerso pars opponebat ex doctrina *Berrgar.Fernand.de filijs nat.ex matrimo-*
38 *nio ad Morgan.contr.in prælud.cap.7. num.6.versic.quartus casus*, quàm adducit, & exornat *Fontanell.clausula 11.glos. vnica à num. 15.cùm seq.* vbi loquendo de bonis acquisitis constāte matrimonio, in quibus secundum leges, & consuetudines Hispaniæ associātur vxores per viros, & dicuntur bona ganantialia dicit, quod non statim facta acquisitione, acquiritur ius vxori, ità vt non possit reuocari, sed attenditur tempus mortis, ità vt possit vir illa administrare, & si damnū patiatur compensatur cum lucro, & ideò si minus reperiantur tempore mortis, reiuendicari nō poterunt.

Hinc enim ipse deducit, quod quādo pater donat filijs omnia bona præsentia, & futura, sub conditione vel post mortem, cum reseruatione forsàn vsusfructus, vel alitèr, hoc casu quia remanet interim administrator, si bona fide, & absq; fraude aliquod debitum intuitu administrationis faciet, non poterit inficiari, vel res vindicari per filios donatarios, vt ipse latè disputat.

Nàm quatenùs hæc doctrina procederet, cùm maximam habere videatur difficultatem. Nihilominùs non erat applicabilis duplicitèr.

Primò, quia donatio huiusmodi non fuerat facta filijs, in quibus pote-

poterat administratio interim patri concedi; sed Lauræ vxori, quæ à principio ius in illa acquisiuit, imò fortè dominium, & possessionem ex clausula constituti; & præcarij, licet sub conditione, qua tamèn pendente interim creditrix erat, *ad tex. in l. is cui, ff. de action. & obiig.* & ideò non poterat ei præiudicium inferri. Secundò, quia non erat hæc donatio omnium bonorum, sed præsentium tantùm, imò portionis legitimæ, vt fūdauimus, & proptereà superiùs relata per *Fontanellam*, *ex Berengario Fernand.* non poterant locū sibi vindicare, sed tm̄ in donatione omnium bonorum præsentium, & futurorum, vt ipsemet *Fontanell.* se ipsum limitat *num. 31. versic. hæc sunt*, vbi doctrinā *Berengarij* non procedere affirmat, in donatione bonorum præsentium tantùm; quantò minus igitur procedere poterat in casu contingenti, vbi nedū donatio fuit bonorū præsētium, sed cuiusdam portionis dumtaxat.

Hæc causa pluriès fuit in S. C. proposita, & disputata, sed nunquàm decisa, præcipuè ob mortem sequutam Commissarij; sed credo deindè fuisse transactione finita.

SVMMARIVM.

1 *De iure communi feudorum frater in feudis antiquis eatenus succedebat, quatenùs ab eo descenderet, qui fuerat agnationis parēs communis.*

. . In feudis verò nouitèr quæsitis omninò repellebatur.

2 *De iure autem* Constitut. Regni, Vt de successionibus *fuit in successione fratrum aliquod immutatum.*

3 *Frater Fratri tàm in feudo nouo, quā antiquo indistinctè succedit de iure* Constitut. *corrigendo iura feudorum communia.*

. . Siuè ex vtroq; Siuè ex altero latere fuerit coniunctus.

. . Quia Constitutio *generalitèr, & indistinctè loquitur.*

4 *Linea collateralis fuit causa immediata successionis, non autèm stipes.*

. . Quia si fuisset stipes non veniret ex linea collaterali vocatio, sed ex linea ascendenti.

5 Constit. Vt de successionibus *in linea collaterali respicit tantū coniūctionem, & gradum vltimi morientis, nō primi acquirentis, sicut considerabat ius commune feudorum.*

6 *Frater in feudis antiquis succedit fratri, quando tamèn est coniunctus ex latere feudi, secundum opinionē* Marini de Caramanico.

7 *Statutum interpretationem accipere debet à iure communi.*

8 *Verba* Constitut. Vt de successionibus, in vers. filij autem fratrum *expenduntur.*

9 *Fratris vtrimq; coniuncti filius, repellitur in his quæ non proueniunt ex communi parente.*

. . Ideò multò fortiùs repellitur frater ex altero tantùm latere coniunctus.

10 *Capitulum Papæ Honorij incip.* Si aliquem *expenditur.*

11 *Frater indistinctè succedit fratri in feudo nouo, vel antiquo, siuè coniungatur ex latere feudi, siuè ex alio.*

12 *Imperator Fridericus in* Constit. Vt de successionibus *voluit omnes quæstiones circa feudorum successionem dilucida Sanctione dirimere.*

13 Constitut. *dùm indistinctè loquitur, indistinctè debet intelligi; aliàs non dilucida, sed obscura esset.*

. . Nec quæstiones dirimeret, sed excitaret.

14 *Iura feudorum communia non possūt in Regno ad correctionem, & interpretationē* Constitutionū *allegari.*

. . Illa enim sunt tantumodò vsus, & Consuetudines redactæ in scriptis per Obertum de Orto, *qui legis cōdendæ potestatem non habebat.*

15 *Cōstitutio per Imperatorem emanata non sequitur iura feudorū, nisi quatenùs videntur rationabilia.*

. . Præcipuè in his quæ principalitèr fuerunt

liberis, expreſſa in ſubſtitutione, &
36 alteram tacitè ſubintellectam à lege,
nàm in cõditione expreſſa ab homi-
ne, cum ſolum factũ attendatur, ſuf-
ficit cum filijs deceſſiſſe, licet non
fuerint hæredes; in conditione verò
tacita à lege ſubintellecta, ceſſat
quando ſua ſobules non poſſet, vel
nollet ſuccedere, vt aduertit *Sebaſt.
Sapia in l.precibus, n.32, C.de impub.
& alijs ſubſtit.* vbi *Dec. n.11.cũ ſeqq.
Soccin, in d.l.cum auus, nu.100.in fin.
Tiraq.in d.verb ſi ſuſceperit liberos, n.
129.cum ſeqq.Zancha in l.hæredes mei,
§.cùm ità in 8.part.num,34 & par.10.
num*.10.qui de communi teſtatur, *ad
Trebell.Menocb.d.præſumpt.89.n.105.*
vbi allegat *Padill. in l. cùm acutiſſimi,
Peregrin.art.32.num.39. & artic.28.
num.56.cùm ſeq.* ideò dũ iſti filij hæ-
reditatem paternam renunciauerãt,
& ſe declarari fecerãt hæredes Lau-
ræ donatariæ, ſequebatur, nullo mo-
do poſſe procedere dictarum legum
diſpoſitionem.

Præterea hæc conditio deſumpta
ex coniectura, *d.l.cum auus, & l.cum
acutiſſimi*, nõ poterat vllo modo præ-
ſumi, ac ſubintelligi, in caſu de quo
agebamus, vbi filij non ipſi grauabã-
tur, ſed tantùm erant in conditione
37 poſitis non enim Loritus, & Donatus
portionem illam hæreditatis dona-
uerunt filijs ex dicto matrimonio
naſcituris, & illos morientes, deindè
poſt decimum quintum ætatis annũ,
grauarunt de reſtituendo portionem
illam Lauræ Matri, tùnc enim benè
procederet diſpoſitio prædictarum
legum; quia intelligerentur grauati,
ſi tamèn decederent abſq; liberis cũ
limitationibus de quibus ſupra; ſed
prædicti contrahentes, portionis do-
nationem fecerunt in beneficium
Lauræ, caſu quo filij decederent de-
cimo quinto poſt anno, vndè filij ex
illo matrimonio naſcituri, nimirùm
Horatius, & Sebaſtianus fuerunt rã-
tùm poſiti in conditione, quo caſu
præfata conditio nõ ſubintelligitur,
nec habet locũ diſpoſitio *d.l.cũ auus,
& l.cùm acutiſſimi*, ità docuit *Bar.in
l.qui filium, §.Sabinus, ff.ad Trebell.*
vbi etiam notat *Imol col. vlt. verſic.
vltimo diligentèr nota, Caſtr.in d.l.cũ
auus, num.2. & Soccin.num.58.Iaſ.in
d.l. generalitèr, §.cùm autẽ nu.9.C.de
inſtit.& ſubſtit.* vbi *Dec.nu.12. & idẽ
in conſil.581.num.8.verſ.vlterius, Ri-
min.Sen.conſ.283.nu.21.lib.2.* & Cæ-
teri, quos ad hoc punctualitèr addu-
cit *Menocb.* videndus *in d.præſumpt.
89.num.153.lib.4.*

Et ex hoc etiam refellebatur vlti-
ma oppoſitio, quã nouitèr ex aduer-
ſo pars opponebat ex doctrina *Berr-
gar.Fernand.de filijs nat.ex matrimo-
38 nio ad Morgan.contr.in prælud.cap.7.
num.6.verſic.quartus caſus*, quàm ad-
ducit, & exornat *Fontanell.clauſula
11.gloſ. vnica à num. 15.cùm ſeq.* vbi
loquendo de bonis acquiſitis conſtã-
te matrimonio, in quibus ſecundum
leges, & conſuetudines Hiſpaniæ aſ-
ſociãtur vxores per viros, & dicuntur
bona ganantialia dicit, quod non
ſtatim facta acquiſitione, acquiritur
ius vxori, ità vt non poſſit reuocari,
ſed attenditur tempus mortis, ità vt
poſſit vir illa adminiſtrare, & ſi dãm-
nũ patiatur compenſatur cum lucro,
& ideò ſi minus reperiantur tempo-
re mortis, reiuendicari nõ poterunt.

Hinc enim ipſe deducit, quod
quãdo pater donat filijs omnia bona
præſentia, & futura, ſub conditione
vel poſt mortem, cum reſeruatione
forsàn vſusfructus, vel alitèr, hoc ca-
ſu quia remanet interim adminiſtra-
tor, ſi bona fide, & abſq; fraude ali-
quod debitum intuitu adminiſtra-
tionis faciet, non poterit inficiari,
vel res vindicari per filios donata-
rios, vt ipſe latè diſputat.

Nàm quatenùs hæc doctrina pro-
cederet, cùm maximam habere vi-
deatur difficultatem. Nihilominùs
non erat applicabilis duplicitèr.

Primò, quia donatio huiuſmodi
non fuerat facta filijs, in quibus
pote-

poterat administratio interim patri concedi; sed Lauræ vxori, quæ à principio ius in illa acquisiuit, imò forte dominium, & possessionem ex clausula constituti; & præcarij, licet sub conditione, qua tamèn pendente interim creditrix erat, *ad tex. in l. is cui, ff. de action. & oblig.* & ideò non poterat ei præiudicium inferri. Secundò, quia non erat hæc donatio omnium bonorum, sed presentium tantùm, imò portionis legitimæ, vt fūdauimus, & propterea superiùs relata per *Fontanellam*, ex *Berengario Fernand.* non poterant locũ sibi vindicare, sed tm̃ in donatione omnium bonorum presentium, & futurorum, vt ipsemet *Fontanell.* se ipsum limitat *num. 31. versic. hæc sunt*, vbi doctrinā *Berengarij* non procedere affirmat, in donatione bonorum præsentium tantùm; quantò minus igitur procedere poterat in casu contingenti, vbi nedū donatio fuit bonorū presētium, sed cuiusdam portionis dumtaxat.

Hæc causa pluriès fuit in S. C. proposita, & disputata, sed nunquàm decisa, præcipuè ob mortem sequutam Commissarij; sed credo deindè fuisse transactione finita.

S V M M A R I V M.

1 D*E iure communi feudorum frater in feudis antiquis eatenus succedebat, quatenùs ab eo descenderet, qui fuerat agnationis parēs communis.*

..In feudis verò nouitèr quæsitis omninò repellebatur.

2 *De iure autem* Constitut. Regni, Vt de successionibus *fuit in successione fratrum aliquod immutatum.*

3 *Frater Fratri tàm in feudo nouo, quā antiquo indistinctè succedit de iure* Constitut. *corrigendo iura feudorum communia.*

..Siuè ex vtroq; Siuè ex altero latere fuerit coniunctus.

.. Quia Constitutio *generalitèr, & indistinctè loquitur.*

4 *Linea collateralis fuit causa immediata successionis, non autem stipes.*

..Quia si fuisset stipes non veniret ex linea collaterali vocatio, sed ex linea ascendenti.

5 Constit. Vt de successionibus *in linea collaterali respicit tantū coniūctionem, & gradum vltimi morientis, nō primi acquirentis, sicut considerabat ius commune feudorum.*

6 *Frater in feudis antiquis succedit fratri, quando tamen est coniunctus ex latere feudi, secundum opinionē* Marini de Caramanico.

7 *Statutum interpretationem accipere debet à iure communi.*

8 *Verba* Constitut. Vt de successionibus, in vers. filij autem fratrum *expenduntur.*

9 *Fratris vtrimq; coniuncti filius, repellitur in his quæ non proueniunt ex communi parente.*

..Ideò multò fortiùs repellitur frater ex altero tantùm latere coniunctus.

10 *Capitulum Papæ Honorij incip.* Si aliquem *expenditur.*

11 *Frater indistinctè succedit fratri in feudo nouo, vel antiquo, siuè coniungatur ex latere feudi, siuè ex alio.*

12 *Imperator Fridericus in* Constit. Vt de successionibus *voluit omnes quæstiones circa feudorum successionem dilucida Sanctione dirimere.*

13 Constitut. *dum indistinctè loquitur, indistinctè debet intelligi; aliàs non dilucida, sed obscura esset.*

.. Nec quæstiones dirimeret, sed excitaret.

14 *Iura feudorum communia non posūt in Regno ad correctionem, & interpretationē* Constitutionū *allegari.*

..Illa enim sunt tantumodò vsus, & Consuetudines redactæ in scriptis per Obertum de Orto, *qui legis cōdendæ potestatem non habebat.*

15 *Cōstitutio per Imperatorem emanata non sequitur iura feudorū, nisi quatenùs videntur rationabilia.*

..Præcipuè in his quæ principalitèr fuerunt

fuerunt contra ius cōmune disposita.

.. Puta in vocatione fœminarum, in restrictione gradus successionis collateralis; & in vocatione, & admissione fratrum indistinctè ad successionem.

16 Andreas *tenuit pro fratre contra* Glossā Marini, *vt indistinctè succedat.*

.. Cuius opinionem sequuntur cęteri Feudistæ magis communiter.

17 *Sententiæ antiquitùs per M.C.V. nomine Regis ferebantur.*

18 *Expenduntur verba* Andreæ in Cōstitutione, Vt de successionibus.

19 *Intellectus affertur ad textum* Constitutionis, Vt de successionibus in vers. filij autem fratrum.

20 *Filij fratrum videntur per* Constitutionem *admissi in feudis antiquis tantùm.*

.. Nō autem in feudis nouitèr quæsitis secundum vnam lecturam.

21 Constitutio *dùm exclusit à feudo nouitèr quæsito solumodò nepotes ex fratribus, videtur eo fortiùs admisisse fratres.*

22 *Exclusio vnius, est inclusio alterius, & è contrario.*

23 *Argumentum de filio fratris ad ipsū fratrem non benè procedit, quia non semper à pari iudicantur.*

24 *Querela inofficiosi testamēti, quæ instituta turpi persona fratribus cōceditur, denegatur filio fratris etiam vtrinq; coniuncto.*

25 *Dictio* autem *est aduersatiua.*

26 *Illatio non fit ex diuersis.*

27 *Capitulum* si aliquem *Papæ Honorij non viget in Regno, sed* Constitut. Vt de successionibus.

.. Sed seruatur in Regno Siciliæ vltrà Pharum, vbi fuit in legem reductum aliquo immutato, præcipuè circa successionem fratrum, etiā quod non coniungantur ex latere feudi.

28 Baldus *quamuis maximę semper fuerit authoritatis, in materia tamèn feudali sæpiùs aberrauit.*

29 *Communis opinio pro fratre consanguineo, vel vterino, nō procedit quotiescumq; adsunt alij agnati collaterales in gradu successibili descendentes à latere vndè prouenit feudum.*

.. Tùnc enim illi admittendi sunt excluso fratre vterino, vel consanguineo, licet in vlteriori gradu existant.

30 *Communis opinio pro fratre, procedit solùm contra fiscum.*

A R G V M E N T V M.

Fratrē fratri indistinctè succedere de iure Constitutionis Regni, *Vt de successionibus*, stante inuestitura pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum, tàm in feudo nouo, quàm antiquo, siuè descendat ex latere feudi, siuè ex alio.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXVIII.

SÆpè in Regno, & præcipuè hac nostra tempestate fuit latè disputata quæstio, nū frater cōsanguineus, vel vterinus possit succedere in feudis antiquis, etiam quod non veniret à latere, à quo prouenit feudum ad exclusionem Regij fisci? & nonnulla hinc indè prodierunt doctissima, & elaborata Iurisconsultorū respōsa: sed cùm ob mortem sequutam Excellētis. Dom. Isabellæ de Iesualdo Principissæ Venusij omnia feuda obuenissent ad Excellentis. D. Lauiniam Ludouisiam eius filiam: fuit mihi per Excellentiss. D. Nicolaum Ludouisium Venusij, & Plumbini

bini Principem demandatum, quid in hac re de iure sentirem, casu quo decessisset præfata Principissa D. Lauinia absq; liberis, nùm succedere posset Dominùs Philippus Ludouisius eius frater cõsanguineus, ad exclusionem Regij fisci?.

Vt autem eius mandatis vt decebat obtemperarer, respondi duas in hac re considerandas esse inspectiones, secundũ duplicem ipsorum feudorum inuestituræ formulam, & ideò disputationem in duas partes distinguendam esse dicebam.

Alteram scilicet vbi inuestitura pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum concessa, & constituta legebatur, pro vt erat in cõcessionibus Ciuitatis Compsæ, cum titulo, & honore Comitatus, Ciuitatis Frigeni; Terrarum Iesualdi, Paterni, Fontanę rosæ, Taurasij, Tegoræ, Capitis Silaris, Sancti Andreæ, Sanctæ Mariæ in Ilice, Sancti Mennati Cayrani, Calctri, Castiglionis, Petrę Boariæ, Boninuentre, Saluiæ, Saluitellæ, Sancti Angeli ad Iscam, ac Villamagnę, vt ex plutibus inuestituris, & præcipuè de anno 1458. 1471. 1480. 1496. 1518. 1546. & 1591 apertè legebatur.

Alteram verò vbi cum clausula ex corpore inuestituram formatã esse constabat, pro vr legebatur in cõcessione Ciuitatis Venusij, cũ titulo, & honore Principatus, & Terrarum Montisfusculi, & Conturfij cum Casalibus, vt ex alijs inuestituris de anno 1472. 1507. & 1591. satis perspicuum apparebat.

Circà primam igitur inspectionẽ respectu feudorum, quæ apparebant concessa pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum dicebam frequentiori Doctorum calculo pro fratre, siuè consanguineo, siuè vterino esse concludendum, sic enim docuerũt antiqui insigni Periti, sic etiã tenuere Moderni, & vt clariùs hoc ostenderetur aliqua prænotanda asserebam.

Et primò de iure cõmuni feudorum, fratres in feudis antiquis, eate-
1 nùs potuisse succedere, quatenùs ab eo descenderẽt, qui fuerat agnationis parens communis: à feudis verò nouitèr quæsitis omninò repelli, vt habetur *in cap. 1. §. his verò deficientibus de success. fratr. & grad succed. in feud.* ibi, *si feudum sit paternum, hoc est si fuerit illius parentis, qui eius fuit agnationis communis, & in cap. 1. vbi glos. in verb. paternũ de nat. succ. feud.* & benè *in cap. 1. §. cùm verò Corradus, de his qui feud. dar. poss.* ibi, *frater fratri in beneficio, quod eorum patris fuit succedat,* & ibi, *sin autem vnus ex fratribus à Domino feudum acceperit, eo defuncto sinè legitimo hærede, frater eius in feudo non succedit,* facit etiam *text. in c. 1. §. hoc quoq; & §. in alio de success. feud. & in cap. 1. §. si duo fratres de feudo Marchiæ, cum alijs concord.* refert alios *Schrader. de feud. par. 7. cap. 7. nu. 6. & Rosentb. cap. 7. concl. 48.*

De iure autem *Constitutionis Regni, Vt de successionibus,* in successione fratrũ, aliquod immutatũ esse dice-
2 bã, Etenim tàm in feudo nouo, quàm antiquo frater fratri indistinctè suc-
3 cedit, corrigẽdo iura feudorũ cõmunia, vt legitur ibi: *Ex collaterali linea venientes, vt fratres siuè ex vtroq; parẽte, siuè ex altero tantũ omninò succedunt,* & ità prędictã *Constitut.* intellexisse antiquos Regni Peritos dixit *And. in d. Const. in verb. fratres, vers. nã & antiqui,* quos ipse sequutus fuit, & iterùm *in Constit. Si quando,* & latiùs *in cap. 1. de natur. succ. feudi:* Ex quo *Constitut. Vt de successionibus* generalitèr loquitur: tenuit hoc etiam *Bartholomeus de Capua antiquus, & insignis Doctor, in cap. 1. §. fin. de succes. feud.* relatus *à Consiliario de Bottis, in add. ad d. Cõstitut. in d. verb. fratres,* dicens, quod de iure feudorum frater fratri succedit in feudo, quod prouenit à patre, secùs in feudo nouo: sed *Cõstitutio* loquitur indistinctè, quod frater succedit in feudo: & generali-

tèr

tèr est intellecta in Regno, tradit etiam hoc expressè *Angelus siue Baldus inter consilia Angeli in consil.* 110. *Sanctissima Regina col.4.vers.ad textum rede*, vbi ex verbis eiusdem *Constitutionis* latè hoc deducit, ibi *frater succedit fratri in feudo paterno, item
4 in feudo acquisito*, quia linea collateralis fuit causa immediata successionis, non autem stipes, quia si fuisset stipes nō veniret ex linea collaterali vocatio, sed ex linea ascendenti, & ex his, & alijs concludit, quod frater in feudo nouo, siuè vtrimq; coniunctus, siuè ex altero tantùm succedit ex prouidentia *Constitutionis*, quę indistinctè frattēm admictit, sequitur etiam *Loffred. in paraphrasi ad d.cap. 1. de natur succ.feud.fol. 45.à terg.col. 6.vers.quinimò*, vbi hanc opinionem semper fuisse in Regno obseruatam affirmat, & decisum in causa D.Petri de Cardona, de qua decisionem facit *Garzias in decis.*67.& in causa Troili de Abenabulo, de qua decisionē exarauit *Afflit.in decis.* 293.vbi *Vrsillus*, & idem *Afflit.in d.Constitut. Vt de successionibus in* 6. *notab.nu.*15. *Friccia lib.2. de subfeud.in differ. inter feud quater.& planum,& de tabula num.*28.& *lib.3.in prima formula inuestit.n.*17.& 20.& in terminis dictæ *Constitutionis Vt de successionibus*, tradit *Corn.in conf.*199.*num.*42. *vers.& licet vol.*2.*Frāc.de Amicis in tit.de his qui feud.dar.poss. quæst.* 15.& 17.*fol.* 386. & optimè ex Siculis *Cumia in cap.si aliquem in verb.nō communibus col.*1.*versic. de iure Constitutionis Regni,& infrà fol.*88.& *seqq.* alios refert *Conf.Anna in conf.*125.*n.*22 & *seqq.*
5 & benè *Consil.de Georgio alleg.*21. *nu.* 20.31.& 36.vbi addit, quod *Constitutio* in linea collaterali respicit tantùm couiunctionem, & gradum vltimi morientis, non primi acquirētis, sicut cōsiderabat ius commune feudorum, & ideò secundum eum nulla facienda est distinctio, an feudū proueniat ex illo, vel alio latere, & hoc esse etiam indubitatum in Regno, & pro lege seruari affirmat *Regens de Ponte de potestate Proregis, in tit.*9.*de success.mulier.*§.1.*num.*1.& *seqq.* adeò vt in hoc nullum adesse cōtradictorem dicere audebam.

In feudis verò antiquis fatebar, fuisse per *Doctores* aliqualiter dubitatū; *Glossa* enim *Marini de Caramanico* in prædicta *Constitut.in verb. ex
6 altero tantū* tenuit, quod frater succedit fratri in feudis antiquis, & paternis, quādò tamen feudū prouenit ex eo parente, per quem frater fratri coniunctus est, & sic quando esset coniunctus ex latere feudi, non autē si ex altero latere descenderet, quā probat opinionem ex supradictis iuribus feudorum, quibus sancitum est eos tantùm fratres in feudo succedere, qui ab eo originem trahunt, qui fuit agnationis parens communis, vt *in d.§.his verò deficientibus*, cū alijs superiùs allegatis, asseuerans
7 commune omnium esse axioma, statutum interpretationē accipere debere à iure communi *l.* 1. §. *lex falcidia, ff.ad leg.falcid.* & addit hoc expressè declarari per eandem *Consti-
8 tutionem in vers. filij autem fratrum*, ibi *in his quæ communis patris fuerūt, aut eorum scilicet idem ius quod pater eorum habeant*: quasi *Constitutio* dederit ius succedendi in his quæ fuerunt communis parentis, non si ex altero parente, qui non fuit communis, *arg.l.de emancipato*, *C.de legitim.
9 hered.* Nàm si filius fratris vtrimq; coniuncti, qui præfertur fratri ex altero tantùm, vt *in authētica cessante*, repellitur in his, quæ non prouenīst ex communi parente, multò fortiùs frater ex altero tantùm latere coniūctus, repelli debet in his quę aliūdè, quàm à communi patre obuenerunt ex regula si vinco vincentem te, vinco, & te, *l.de accessionibus, ff.de diuers. & tempor præscript.* & hāc *Glossæ* opinionem sequutus fuit *Petrus Piccolus aliàs de Monteforte in add ibidem*, & latè

latè defendit *Angel. siuè Bald. in d. conf.* 110.*Santissima Regina,col.4.vers. muniamur vsq;ad finem*, vbi præter alias rationes sic tenendum asserit ex dispositione *capituli Papæ Honorij incip.si aliquem*, quem seruari in Re-
10 gno fatetur, ibi *si decedentis feudum ab aliquo ex parentibus sibi, & fratri communibus perueniat ad defunctum*: tenuit etiam expressè *Affl.in d.Cōst.t. in 7. notab. num.*17.*& in d.cap.*1.*de natur.succ.feudi,num.*11.*&* 12.& nouissimè mordicus defendit olim noster *Præses* S.C.*Vrsinus de success.feud. par.*2.*quæst.*2.*art.*1.

Contraria tamèn opinio, & antiquitùs præualuit,quia sic interpretati sunt.Periti Regni,vt ipsemet *Marinus Glosator* aduertit,& ità pluries decisum refert *Andreas* tempore Regis Caroli I & hodie etiam præualere videtur, quia magis communitèr à cæteris omnibus amplectitur,scili-
11 cet de iure *Constitutionis* fratrem siuè in feudo nouo,siuè antiquo,& siuè fuerit coniunctus ex latere feudi, siuè ex alio, indistinctè succedere, corrigendo in hoc iura communia feudorum,vt diximus.

Mouentur omnes, & præcipue Andreas, qui in hac feudali materia lex,& Auriga vocatur, ex eo quia
12 *Imperator Fridericus* in prędicta *Constitutione, Vt de successionibus*,voluit omnes quæstiones circà feudorum successionem dilucida sanctione dirimere, vt nulla in posterum dubietas oriri potuisset, vt ex illius proemio colligitur: dū igitur simplicitèr, & indistinctè fratres, siuè ex vtroq; siuè ex altero tantùm ad feudorum successionem vocauerit nulla facta distinctione in feudo nouo, vel antiquo,& an ab eo proueniat,qui com-
13 munis agnationis parens existat:indistinctè etiam debet præfara *Constitutio* intelligi,aliàs non dilucida,sed obscura appareret, nec quæstiones dirimeret,sed excitaret, contra mētem,imò contra expressa verba Imperatoris constituentis.

Addidit etiam ad *Glossæ* reproba-
14 tionem *Andreas*;non posse iura feudorum communia in Regno ad correctionem,& interpretationem *Constitutionum* allegari,cùm illa sint tātumodo vsus,& consuetudines redactę in scriptis per Obertum de Orto, qui non habebat potestatem legis condendæ: ideò *Constitutio* per Imperatorem emanata,non sequitur il-
15 la iura, nisi quatenùs videntur rationabilia, præcipuè in his, quæ per *Constitutionem* principalitèr contra ius cōmune fuerunt disposita: nimirum in vocatione fœminarum,in restrictione gradus successionis collateralis, & in huiusmodi vocatione, & admissione fratrum indistinctè ad successionem, quia illi standum est, quippe quæ dùm in vno grauauit arctādo successionis gradum, in alio voluit ampliare,admictēdo indistinctè fratres ad feudorum successionē, ità ante omnes arguit *Andreas* tàm in prædicta *Constitut. Vt de successionibus in d.verb fratres*,quàm *in Constit.si quando*,quam etiam fusius *in d. cap.*1.*de natur.succ.feud.* & quamuis eius dicta pro more, videantur aliqualiter obscura,adeò vt dixerit *Affl.* nescire, quam opinionem amplexatus ille fuerit, & idem etiam *de Andreæ* opinione senserit *Loffred.in paraphr. ad d.cap.*1.*de nat.succ.feud.*Nihilominus communitèr per omnes alios habetur *Andream* tenuisse opi-
16 nionem contra *Glossam Marini* in beneficium fratris, siuè ab eo descēdat, qui fuit agnationis communis parens,siuè ex alio larere ortum ducar,vt latè,& probè conrēdit *Episcopus Liparulus, in addit.ad Andr.in d. cap.*1.*in verb. veriùs lit.* N. & cæteri inferiùs adducendi.

Hanc igitur *Andreæ* contra *Glossā* opinionem sectatus fuit latissimè idē *Loffred. vbi sup fol.*45.*à terg.* vbi omnibus contrarijs respondet, & idem *in conf.*38.*post num.*8.*Bartholom. de* Capua

Capua in prædicta addit, in qua clarè fatetur, fratrem indistinctè fratri succedere, & Cōstitutionem generalitèr esse intellectam in Regno, *Friccia de subfeud. d. lib. 3. de differ. inter feud. quatern. & plan. num.* 28. optimè *Camia in cap. si aliquem Regni Siciliæ in verb. nō communibus col. 1. vers. sed de iure Constitutionis Regni, & infrà fol.* 88. *& seqq.* Doctissimus *Pisanell.* in eius responso impresso post *Cannetij* opus in causa comitatus Sācti Marci *fol.* 338 *num.* 5. vbi asserit ità communem Peritorum Regni interpretationem se habere: *Reg. Villanus* in alio eius responso, in eadem causa post eiusdem *Cannetij* opus *fol. 346. num.* 12. *& per totum*, idem *Cannet. in d. cap. si aliquem* §. *prætermictendū est num.* 16. *&* 23. *in fine, & per totum*, & magistralitèr maximus ille feudista *Camerar.* in alio suo responso, siuè dialogo post dictum *Cannetij opus fol.* 388. *per totum*, vbi verba *Andreæ* latissimè declarat, & extendit, & ità fecisse demonstrat; sequitur etiam *Conf. Anna in cons.* 125. *num.* 18. *cum seqq. Dominus Reg. de Ponte in d. tractat. de potestate Proregis, d. tit. 9. de success. mulier.* §. 1. *num. 6. fol.* 262. vbi hanc esse communē opinionem in Regno in feudis antiquis testatur, & idem repetijt *in lectur. feudal.* 12. *num.* 23. quos omnes præter *Bartholomeum de Capua* refert, & sequitur omninò videndus *Præsid. Amatus* feudorum materiā optimè Callens, in eius elaborato *Consilio* 97. pro Duce Castri sanguinis fratre consanguineo *nu.* 8. *cum seq. & in cons* 98. *per totum*, quibus diligētiori studio addimus *Marcell. de Mauro alleg.* 21. *nu.* 8. *Patr. Molfes. sup. Consuet. Neap. par.* 4. *quæst.* 40. *num.* 7 *&* 8. *Consil. de Georgio alleg.* 21. *num.* 20. 37. *&* 36. vbi addit, quod *Constitutio* in linea collaterali respicit tantùm coniunctionem, & pactū vltimi morientis, non primi acquirētis, sicut considerabat ius commune feudorum, & sic nullā facit differentiam, an feudum proueniat ex illo, vel alio latere *Petr. de Gregorio de Cōcess. feud. par. 6. quæst. 10. nu. 26. Minad. decis.* 36. *nu.* 11. *in fine*, & ibi *Monach. in add. num.* 8. *Muta in cap. si aliquem num.* 59. vbi in terminis nostræ *Constitutionis* nonnullos allegat; & latè *Milanens. in d.* 8. *nu.* 155. *Reg. Lanar. in cap. 1. de success. feud. num. 6. & Dominus Reg. Tapia in decis. S.C. 5. nu. 2. & seqq.* adeò vt nedum communis, sed communissima videatur opinio, nedum antiquorum Peritorum Regni, sed omnium ferè ad hæc vsq; nostra tempora Iurisconsultorum, non obstantibus in contrarium nouitèr adductis per *Dom. Præsid. Vrsinum d. part. 2. quæst. 2. art. 1.* Præcipuè cum *Andreas* in locis prædictis referat, ità fuisse decisum tempore Regis Caroli I. & in causa appellationis confir-
17 mata sentētia nomine Regis, pro vt antiquitus sententiæ per M.C.V. ferebantur, vt tradit *Camerar. vbi sup. fol.* 361. *col.* 2. *vers. vidi etiam*: imò ex dictis per *Andreā* videtur posse colligi sententias prædictas fuisse latas contra Regem Ipsum, & eius fiscum, dū subdit, quod prædictus Rex Carolus benè discutiebat ius suū, quasi habuerit interesse in illis causis, & iustitiæ complementum ministrarī curauerit, & clariùs ex subsequentibus verbis, ibi *pro fratre consanguineo vendicante feudum sororis defunctæ sinè liberis, quod à matre sua peruenerat vndè frater coniūctus non erat*, & cōsequentèr non concurrebat alius, nisi fiscus, & subdit *Andreas*, & sententia eius, scilicet Regis Caroli lata per Magnum Iustitiarium, & iudices nomine Regis confirmata fuit in causa appellationis, & ideò non videtur de hoc amplius dubitandum, cùm fuerit quæstio determinata per sententiam Regis, vel Regio nomine lata, & propterea non benè videtur de hoc dubitasse *Affl.* quē in hoc impugnauit more suo *Camerar. d. fol.* 366. *col.* 2. *in princ. vers. dic bone senex.*

Nec

Nec argumenta superiùs in contrarium adducta,quicquam refraga-
18 ri dicebam,non enim dicit *Isernia*. *Constitutio hæc interpretationem accipere necesse habet à iure communi feudorum*;sed argumentatur à regula;& sic regularitèr,& ipsemet respondet, quod *Constitutio* non habet necessariò sectari iura communia feudorũ, sed tantũmodò quatenus sunt rationabilia,quia illa fuerunt redacta in scriptis per Obertum de Orto, qui non habebat potestatem legis condendæ, sicut ipse Imperator Fridericus,præcipuè in Regno, vt superiùs dictum est, & refert latè *Camerar.in prędicto eius dialogo*,*f.370.vers.nonè.*

Neq; intellectus verborum *Con-*
19 *stitutionis in vers. filij autem fratrũ* erat applicabilis, etenim versiculus ille non fuit positus ad declarationem,& expositionẽ, §.*ex collaterali*, qui in fratre simplicitèr, & indistinctè loquitur,cũ adsit in medio alius, §.*coniugatæ autem,& dotatæ*;sed fuit positus ad differentiandam successionẽ in filijs fratrum,vt scilicet succedere possent tantumodò in his,
20 quæ communis patris fuerunt, aui eorum scilicet, & consequentèr in feudis antiquis,non autem in feudis nouitèr quæsitis fratri,eidemq; patruo,in quibus videtur,noluisse filios fratrum ad successionem admictere iure repræsẽtationis, secundũ vnam lecturam, vt legitur,ibi *in acquisitis autem patruo ex largitione nostra*, *vel quolibet tit.iure suo*, *nepotes ex fratribus non succedunt*, vt videtur respondere ipsemet *Andreas in d.Constit.Vt de successionibus in d. verb. fratres col. 7.vers.quod autem dicitur f.265.* licet *Cumia in d.verb. non communibus nu. 10.vers.secundo non obstat*, *fol.90.* videatur tenere, quod filij fratrum nõ succedant per repræsentationem in feudis antiquis ad exclusionem patrui,nisi sint ex latere feudi, & videtur etiam sentire idem *Reg. Tapia in d.decis.2.sub num.9. & Præs.Vrsinus d.par.2.quæst.2.artic.1.nu.3.& par.2. quæst.4.artic.10.num.2.* ponderando dicta verba *Constitutionis*,sed de hac quęstione alibi forsitàn tractabimus, dùm ad pręsens disputatur in Regia Camera in causa Casalis Casæ puzzanæ, in qua ego pro nepote ex fratre vterino allegaui, vnà cum doctissimo I.C.& Aduocato famigerato Ascanio Raitano maxima mecũ familiaritate cõiuncto, qui in illa causa doctè,& luculẽtèr pro more scripsit, & adhùc pẽdet decisio, quia ille *vers.filij autẽ* fuit positus ad demonstrandã differentiã inter feuda nouitèr quæsita,ad quorum successionem filios fratrum per repræsentationem admictere noluit, & feuda antiqua, in quibus representationem admictere voluit, dùm in tertio gradu existunt, & *Const.*potiùs consideraùit gradus, quàm personas.

Quinimò prædictus *versiculus filij autem fratrum*,secundum prædictam *Andreæ* lecturam poterat potiùs in contrarium retorqueri. *Constitutio* enim prædicta in pręcèdenti *vers. ex collaterali*, indistinctè admiserat fratres ad successionem fratris, etiam in feudo nouo ex prædictis;dùm igi-
21 tur deindè in prefato *vers.filij autem fratrũ & in vers.in acquisitis*, exclusit à feudo nouitèr quæsito solumodò nepotes ex fratribus, videtur eo fortiùs admisisse fratres, cùm inclu-
22 sio vnius sit exclusio alterius, & è contrario, *arg.l.fœn.§.si verò talis, C. de caduc.toll.* nàm si voluisset à feudis nouis etiam fratres excludere,dixisset,sicut expressè dixit in filijs fratrũ, & ità prædictam *Cõstitutionem* intellexerunt idem *Bald.in d.const.110.& optimè Loffred. in d. const. 38.num.6.* & latiùs *in d.cap.1. de nat.succ. feud. col.5.vers.dixit enim*, vbi addit non benè procedere argumentum de fi-
23 lio fratris ad ipsum fratrem,cum nõ semper à pari procedant, *l.fratres,C. de inoff. testam.* vbi quærela inoffi-
24 ciosi testamenti, quæ instituta turpi

persona fratribus conceditur, denegatur filio fratris etiã vtrinq; coniũcti *l fratris eod. tit.* eo magis quia *in d. vers. filij autem fratrum*, vtitur Cõstitutio illa dictione *autem*, quæ est
25 aduersatiua *l. qui quartam ff. de leg. 1. & l. sed & si l. ge, ff. de petit. hared.* ideò videtur contrariũ voluisse disponere in filijs fratrum, quàm in fratribus ipsis statuere, & consequentèr cum filios fratrum à feudis nouis excludere voluerit, fratrem admictere voluisse dicendum est.

Et hac quoq; disparitatis ratione non benè procedit argumentum, quod in contrarium obiectabatur, nimirùm si vinco vincentem te, vinco & te, nàm cum diuersa sit ratio in
26 vno, quàm in alio, vt diximus, illud non procedit, nàm ex diuersis non fit illatio.

Neq; vltimo loco vrgere dicebam rationem, quam desumit *Bald. in d. consil. 110. ex capitulis Papæ Honorij in cap. incip. si aliquem*, quod seruari in Regno fatetur, magis enim communitèr ab omnibus habetur, *capitulum* illud in Regno non seruari, siuè per desuetudinem, siuè per cõtra-
27 rium vsum, vt latè deduximus *in disput. per totũ*, & ideò dixit *Cumia in c. si aliquem Regni Siciliæ vltrà pharum in verb. maritata, num. 387. in fine*, quod in Regno Neapolis nõ viget *cap. si aliquem, sed Constitutio Vt de successionibus*, quamuis alitèr seruetur in Regno Siciliæ vltrà pharum, vbi præfatum *Capitulum si aliquem Papæ Honorij* fuit per Regem Iacobum in legẽ redactum, vt tradit *Cumia in præludijs num. 67.* & quia prędictum *Capitulũ* videbatur aliquod parum rationabile continere, præcipuè in huiusmodi fratris consanguinei, siuè vterini successione, illud immutandum ad maiorem declarationem ipse Rex non abre fore existimauit, ideò in illis verbis *si decedẽtis feudum ab aliquo ex parẽtibus sibi, & fratri communibus*; addidit, *vel nõ communibus*, pro vt nonnulla alia etiam immutasse refert idem *Cumia vbi sup. & Cannet. ibidem fol. 299.* vt tolleretur hæc quæstio, nùm frater fratri succederet etiam in feudis ab alio latere defuncto obuenientis, sequitur etiam *Milanens. d. decis. 8. nu. 137. & 150. cum seqq. & Intrigl. de feudis centur. 2. artic. 49. num. 4.*

Ideò non multum esse tribuendũ dicebamus dispositioni dicti *Capituli Papæ Honorij* in quo *Bald.* valdè fundari videtur, cũ in Regno nostro illud nõ vigeat, Neq; eiusdẽ *Bald.* au-
28 thoritati concedendũ, cùm licet maximę semper fuerit existimationis, in feudali tñ materia sæpè sæpius aberrasse dixit *Loffred. in d. cap. 1. de natur. succ. feud fol. 45. à terg. & Camerar. in d. resp. post Cannet. fol. 371.* vbi addit *Baldum* pecunia corruptum, quia auarus erat *in d. cons. pro Regina Ioanna* consuluisse contra terminos feudales, sunt verba *Camerarij*, qui etiã respondet *Afflicto* contrarium sentienti, *vt legitur fol. 364. col. 1. versic. hic susiste lector, & fol. 365. col. 2. vers. & ad rẽ redeundo*; ideoq; pro *Andreę* opinione affirmatiuè in beneficium fratris, concludit, stante præcipuè sententia in terminis, Regis nomine lata, & in gradu appellationis confirmata, quæ Ius facit in Regno; Hanc opinionem tenuit quoq; idem *Camerar. in cap. 1. de nat success. feudi nuper impressus lectur. 26. num. 32. & præcipuè num. 38.* vbi asserit hanc esse communem opinionem in Regno propter sententiam Peritorum, quã ipse sequutus fuit, saltem vt Peritus, & sapiens videretur.

Benè nihilominùs verum esse aiebam, communem hanc opinionem declarari, vt non procedat, quotiescumq; adsunt alij agnati collaterales in gradu successibili, descendentes a latere vndè feudum obuenit ad defunctum, tùnc enim illos exclusio fratre alio ex latere descendẽte, esse admictendos, quãuis in vlteriori

riori gradu existant post *Petrum de Gregorio par.4.quæst.7.num.*8. tradit latè idem *Milanens.d.decis.*8.*nu.*146 152. & 154. tàm de iure *Constitut. Vt de successionibus*, quàm dicti *cap. si aliquē* Regni Siciliæ, & videtur etiā sentire *Reg.Rouit.in prag.* 11.*de feudis nu.*10.*in fine, & seq.* & idem *Flamin. Monach.in add. ad Minad. in d.decis.* 36.*num.*8. quinimò addit *Milanensis* hac potissimum ratione fuisse decisū contra consilia *Cannetij, Pisanelli, & Regentis Villani* in prædicta causa Sancti Marci, quia alius aderat collateralis ex linea vndè feudum peruenerat ad defunctum, vt refert *nu.* 159. quamuis illi doctissimè contrariū defenderint, adeò vt consideratis responsis non parum miratus fuerit *Camerarius*, cur illis posthabitis, alitèr iudicare tot eximij Iudices existimauerint, vt in prædicto *dialogo fol.* 369.*col.*1.*vers.legi quidem*, clarissimè testatur.

Propterea, quicquid de huiusmodi declaratione esset dicendum; cùm in casu occurrenti nullus alius ōnino adesset, qui ex latere feudi originem duceret, esserq; in gradu successibili, non fore aliquo modo hæsitandum dicebam, quin frater cōsanguineus, stante inuestitura pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum in feudis prædictis ex materna linea sorori suæ obuentis, cum casus occurreret succedere posset excluso fisco.

Vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Inuestituræ tenor ante omnia est attendendus.*

..*Quia informat feudum.*

2 *Frater qui à latere feudi coniunctus non est repellitur à successione fratris, stante inuestitura cum clausula* ex corpore.

..*Non .n. potest dici ex corpore primi acquirentis, nec vltimi morietis. Lib.II.*

..*Ex conuentione enim, & pacto in concessione apposito, fuit alterata* Constitutionis *dispositio, & ab ea recessum.*

3 *Iure communi feudorū inspecto, nulla est differentia inter inuestituram pro hæredibus, & successoribus in perpetuum: & illam cum clausula* ex corpore.

..*Quia verbum* hæres *in feudis accipitur pro descendente.*

4 *Imperatoris Friderici II. tēpore, communis forma inuestituræ erat in Regno pro se, & heredibus ex corpore*

5 *Capitulum* Considerantes *editum per Regem Carolū II. abstulit abusum clausulæ* ex corpore.

..*Et admisit fratrem indistinctè ad fratris successionem, à quocunq; latere esset coniunctus.*

6 *Capitulum* Cōsiderantes *secundum opinionem* Afflicti in decis.293.*loquitur tantùm de feudis antiquis obuentis ab eo, qui fuit agnationis parens communis.*

..*Nō autem de feudis nouitèr quæsitis.*

..*Sed contrarium tenuerunt alij; quia esset magna restrictio ad* d.capitulū, *quod indistinctè loquitur.*

7 *Capitulum* Considerantes *loquitur non solùm de feudis ab aduentu Regis Caroli I. Baronibus concessis, sed etiam de alijs, quæ deinceps concederentur.*

..*Et consequentèr de feudis nouis, vt in omnibus forma esset eadem.*

..*Aliàs prædicta verba essent superflua.*

8 *Hodie per nouas gratias Ciuitati, & Regno concessas, frater fratri in feudis nouis succedit, siuè cōsanguineus, siuè vterinus sit, non obstante clausula* ex corpore.

9 *Capitulum* Considerantes *loqui videtur etiam de feudo antiquo aliūdè obuento, quam à parente agnationis communis.*

..*Quia indistinctè loquitur, & si voluisset Rex expressisset.*

10 *Verba illa capituli*, Confiderantes tenore antiquæ Cõſtitutionis attento *ponderantur*.

11 *Capitulum* Confiderantes *ſecundum* Andream *non dat de nouo ſucceſſionem; ſed remouet tantùm impedimẽtũ, quod oriebatur per abuſum clauſulæ* ex corpore.

12 *Clauſulæ* ex corpore *abuſus, videtur per capitulum* Cõſiderantes *ſublatus in omnem caſum, qui ex iniqua interpratatione naſci poterat*.

13 *Capitulum* Cõſiderantes, *quia reperitur ſcriptum in corpore* Conſtitutionum *debet ſecundum eiuſdem* Conſtitutionis *terminos intelligi remota iuris communis diſpoſitione*.

14 *Succeſſio in Regno regulatur à iure* Conſtitutionum, *non autẽ à regulis iuris communis*.

15 *Capitulum* Cõſiderantes *concordat cum* Conſtitutione Vt de ſucceſſionibus.

16 *Capitulum* Confiderantes *fuit emanatum ad ampliandam* Conſtitut.
..*Ideò ſecundũ illius terminos debet regulari*.
..*Præcipuè quando gratia fit per modum nouæ conceſſionis*.

17 *In fauorabilibus regularitèr facienda eſt extentio*.

18 *Capitulum* Cõſiderantes *ſi loqueretur tantùm de feudis antiquis; eſſet prorſus inutilis*.
..*Quia nihil noui* à Conſtitutione *induxiſſet*.

19 Conſtitutio Vt de ſucceſſionibus *habet locum tàm in inueſtitura pro ſe, & hæredibus in feudo nouo, quàm in inueſtitura cum clauſula*, Ex corpore *in feudo antiquo*.

20 *Diſpoſitio noua ſemper interpretari debet, vt aliquid noui inducat, non quod idem diſponat*.

21 *Succeſſio hodie per Capitulum* Conſiderantes, *& gratias nouitèr conceſſas, remanet in puris terminis* Conſtitutionis; *vt ſcilicèt frater indiſtinctè ſuccedat, ac ſi nõ adeſſet clauſula* ex corpore.

22 *Capitulum* Cõſiderantes *dat interpratationem extenſiuam, vt appellatione hæredum ex corpore veniant fratres, & ſorores*.

23 *Argumentum à feudo nouitèr quæſito ad feudum, quod aliundè prouenit, quam à parente communi, validum eſt*.
..*Dùm non aſſignatur diuerſitatis ratio*.

24 *Feudum nouum non habet agnatos*.

25 Conſtitutio, Vt de ſucceſſionibus *ſecundum opinionem* Andreæ *ideò fuit intellecta in beneficium fratris, vt ſuccederet in feudo antiquo, quia per eandem* Conſtitutionem *apertè admictebatur frater in feudo nouo*.

26 *Diſpoſitio eadem vigere debet, vbi eadem prorſus viget ratio comprahenſiuè non extenſiuè*.

27 Conſtitutio, Vt de ſucceſſionibus *non conſiderauit communem ſtipitẽ, ſed tantùm coniunctionem vltimi decedentis*.

28 *Sicut in feudo nouo non conſideràtur ſtipes communis, ità neq; in feudo antiquo, etiã quod aliundè obueniat, quam à parente communi*.
..*Quia valet argumentum de vno ad aliud in terminis* Cõſtitutionis.
..*Ergo validum etiam erit argumẽtum in terminis capituli, & gratiarum*.

29 Conſtitutiones *dicũtur ius commune in Regno*.

30 *Argumentum ab idemptitate rationis habet locum etiam in pragmaticis Regni*.
..*Imò etiam in ſtatuto particulari: & adeſſent dictiones taxatiuæ*.

31 *Per Capitulum* Conſiderantes, *& nouas gratias fuit exequata inueſtitura, pro ſe, & hæredibus, & illa cum clauſula*, Ex corpore.

32 *Opinio fratri contraria procedere poterit exiſtente alio agnato in gradu ſucceſſibili, quamuis remotiori: quia tùnc ille eſſet admittendus*.
..*Nè aliena ſoboles propriæ anteponi videatur*.

Secus

..*Secus si nullus adsit agnatus, tùnc enim erit admittendus frater vterinus, vel consanguineus ad exclusionem fisci.*

33 *Doctrina* Camerarij in cap. 1. de nat.success.feud. in lect.26.nu.38. *discutitur,& enucleatur.*

ARGVMENTVM.

Fratrem fratri non obstante clausula *ex corpore* indistinctè succedere tàm in feudis antiquis, quàm nouis, secundum terminos Capituli *Considerantes*, & Gratiarum nouitèr Ciuitati,& Regno concessarum.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXIX.



Irca secundam autem inspectionem, totum difficultatis examẽ consistere videbatur; nimirũ vbi inuestituræ formula legebatur cum clausula *ex corpore*:quo casu videbatur nullo modo posse admitti frater ex alio latere descendẽs: cùm enim inuestituræ tenor ante
1 omnia sit attendẽdus, quia informat feudum *cap.1.in fine de duob.fratribus à Cap.inuestit.* & refert *Friccia de subfeudis lib. 3. rubr. 1. num. 2. & seqq.* dùm in illa adiungitur qualitas,quę fratri ex alio latere descendenti, cõtradicit (non enim potest dici ex corpore vltimi morientis, nec primi acquirentis) sequi dicebatur non posse succedere,licet per Regni *Constitutionem* alitèr dispositũ reperiatur,nàm ex conuentione,& pacto in ipsa inuestitura,&concessione apposito videtur fuisse alterata *Constitutionis* dispositio, & ab ipsa recessum, idcircò ex his in terminis tenuisse *Andreas* videbatur *in d.Constitut.Vt de successionibus in d.verb.fratres vers. hodie tamèn*, dicens,*hodie tamèn hoc nõ esset, quia in priuilegijs exprimitur damus tibi, & hæredibus tuis ex corpore, quia contractus ex conuentione legem accipiunt, l.contractus, ff.de reg. iur. vndè cum non sit de corpore non succedit, ex illa enim clausula colligitur,vt nullus in eo feudo possit succedere nisi à primo acquisitore descendat.* ideoq; ex verbis *Andreæ* colligitur,
2 fratrem qui ex alio latere originem ducit,à successione feudi fore excludendũ, si in inuestitura legatur prædicta clausula *ex corpore*, tradit hoc etiam *Ias.in consil.* 180.*num.4.vol.2.* & latè post *Blascũ,& alios Milanens. d.decis.8.nu.155.cum seqq.* & ridiculum esse contrarium asserere fatetur *Loffred.in d.cap.1.de natur.succ.feud. col.7.vers. & hæc disputatio fol.49.*& post *Pernum Siculũ in d cap. si aliquẽ* tenuisse videtur *Reg. Villanus in suo responso impresso post Cannetij opus nu. 3.& 4. vers. & hoc in specie:* sequutus est etiam *Affl.in d.Constit.num.11.& in decis.293.Fricc.lib.2.quæst.10.num. 10.& lib.3 cap.incip.post quam nu.17. Cons.Anna in cons.125.num.21.*& latè defendit *Reg. de Ponte de pot. Proreg. tit.9.§.1.num.8.cum seqq fol.262.de Georg.in alleg. 21.num. 65.& seq.Reg. Rouit.in pragm.11.de feud.num.13.& Reg.Lanar.in cap.1.n.1.& 6.de success. feud.*

Attamen licet prædicta, & alia nonnihil vrgere viderentur,contrariam tamen opinionem,neq;rationibus, neq;authoritatibus adeò destitutã existimabam,vt nullo modo sequenda foret,ideò nonnulla pro hac opinione posse cõsiderari dicebam.

Et pri-

Et primò concesso millies, pro vt latè idem *Dominus de Ponte* contendit *Constitutionem Vt de successionibus*, nō procedere in feudis concessis cum clausula *ex corpore*, licet nōnulli contrarium sentiant, ex quo etiam de iure communi feudorum nulla
3 est differentia inter inuestituram pro hæredibus, & successoribus in perpetuum, & illam cum clausula *ex corpore*, quia verbum *hæres* in feudis accipitur pro descendente *cap.1.§ si clientulus de alien.feud.patern.* & expressio eorum, quæ tacitè insunt nihil operātur, vt argumentatur *Gualter.Sicul.in quodam suo consil.relato à Cannetio in d.cap si aliquem*, *§.opinio supradicta num.5.& 6.fol.*250. optimè *Pern in cons.*14. *col.*3. & latè *Cōs. de Georgio in d.alleg.*21.*nu.*19.*&* 32. præcipuè cùm etiam tempore *Impe-*
4 *ratoris Friderici*, qui *Constitutiones* prædictas edidit communis forma erat in Regno pro se, & hæredibus *ex corpore*, vt refert *Cannet. vbi sup.n.* 8.ex authoritate *Andreæ in cap.imperialem*, *§ præterea in prima addit. nu.*4.*vers.sed si dicatur*, & propterea dùm *Constitutio* admisit simplicitèr, & indistinctè fratres, siue ex vtroq; siue ex altero tantùm latere coniunctum, videtur etiam illum admisisse in casu quo inuestitura cantaret pro hæredibus *ex corpore*, quæ eo tempore erat in vsu.

Nihilominus dato millies, vt diximus, quod *Constit.* huiusmodi inuestituræ formam non cōpræhenderet, certum esse dicebamus, vt in superiori disputatione fundauimus illā habere locum tàm in feudo nouo, vt in eo frater indistinctè succedere valeat, pro vt idem *Reg.de Ponte* absolutè admisit, & pro lege in Regno seruari asseruit *d.tit.*9.*§.*1.*n.*1.*& seq.* quàm etiam in feudo antiquo, vt in eo frater possit ad successionem admicti etiam quod non sit coniunctus ex latere feudi, ex magis communi feudistarum opinione superiùs elucidata, ac rationibus, & authoritatibus, & decisionibus satis optimè firmata; solùm autem aduersari videbatur hæc clausula *ex corpore*, quæ in vtroq; feudo, obstaculum fraternæ successioni faciebat; in nouo enim fratrem excludebat, quia non erat ex corpore fratris acquirentis; in antiquo etiam, quia neque erat ex corpore vltimi defuncti fratris, neq; ex corpore primi acquirentis feudū, cùm aliundè descenderet.

Ideò quia ex hac noua inuestituræ formula satis grauati videbantur subditi, Rex Carolus II. ad leuamen subditorum, volens nouam gratiam illis elargiri edidit *capitulum Cōsiderantes*, vt tradit idem *Reg.de Pōte vbi supra num.*14. quod prædictę clausulæ *ex corpore* abusum auferendo, fratrem ad successionem fratris, indistinctè etiam admisit, nulla facta didinctione, à quo latere esset coniunctus, vt clarè habetur, ibi *hac lege valitura perpetuò sanciētes, quod in successionibus eorundem, ad huiusmodi Comitatus, Baronias, & feuda, illo prorsus abolito, & cessato iniquæ interpretationis abusu, quo per illa concessionum verba, per quæ donum factum principalitèr exprimitur, hoc adiecto, & suis hæredibus ex suo corpore legitimè descendentibus fratres, vel sorores à primogeniti fratris, vel sororis successione erant in eisdem comitatibus, feudis, & Baronijs exclusi; frater, vel soror fratri, vel sorori succedat*, ex quibus verbis dilucidè colligi dicebam Regem Carolum indistinctè concessisse, vt frater fratri succederet sublato pęnitùs abusu clausulę *ex corpore*, per quā anteà, (iniustè tamen) erant exclusi; ergò dùm per prædictum *Capitulum Considerantes* fuit sublata vis, & effectus clausulæ prædictę, cōsequens esse dicebam, quod sicut antea, absq; prædicta clausula frater fratri indistinctè tàm in feudo antiquo, quàm in nouo etiam quod nō esset ex latere feudi succedebat, vt

in præ-

in præcedenti pro absoluto fundaui mus, itâ hodie ex dispositione dicti *Capituli Considerantes*, succedere poterit, non obstante clausula *ex corpore*.

Sed orta fuit deinde quæstio, nùm prædictum *Capitulum* loqueretur tãtum in feudis antiquis, an etiam in nouitèr quæsitis; & licet, vt verba ipsius clarè indicant, indistinctè de omnibus loqui videretur: attamèn *Affl in d. decis. 293.* quẽ sequutus fuit *Conf. de Bottis in add. ad prædictum capitulum in verb. ac suis hæredibus* & acerrimè etiam *Dominus de Ponte vbi sup. fol. 463. num. 24.* eius fuit opi-
6 nionis, vt *Capitulum* illud disponat tantummodò de feudis antiquis obuentis ab eo, qui fuit agnationis parens communis, nõ autem de feudis nouitèr quæsitis; vt scilicet in istis obstet clausula *ex corpore*, nõ autẽ in illis antiquis, ex eo quia licet frater non sit de corpore vltimi decedẽtis, est tñ de corpore primi acquirentis.

Sed huiusmodi opinio, (salua pace tantorum virorum) videbatur, etiam disputabilis, quoniam magnã induceret restrictionem ad prædictũ *capitulũ*: quod indistinctè disposuit, nec in eo legitur verbũ, ex quo colligi possit voluisse compræhendere potiùs feudum antiquum, quam nouum, & potiùs feudum obuentũ à parente agnationis communis, quã aliundè; sed tantum effectum, & abusum clausulæ *ex corpore*, auferre voluit; & proindè debebat indistinctè intelligi, nec restringi ad feudum obuentum à parente communi.

Et quod attinet ad feudum nouitèr quæsitum dicebam videri dilucidè de eo disposuisse, vt ex illius verbis colligitur, cum non solùm loquatur de feudis iam ab aduentu Regis Caroli patris in Regno, Comitibus, & Baronibus concessis, sed etiam de alijs, quæ deinceps concederentur, & consequentèr de feudis nouis; vt in omnibus forma esset eadem; & propterea de omnibus indistinctè loqui dicendũ erat, aliàs prędicta verba superfluè viderẽtur fuisse apposita, nimirùm, *vt de omnibus forma esset eadẽ*, & hanc opinionem latè defendit *Conf. de Georgio in d. allegat. 21. num. 65. & per totam.*

At quatenùs aliquod esset dubiũ nùm *capitulum* prædictum loquatur de feudis nouitèr quæsitis, prout cõtendit *Dominus Reg. de Ponte vbi sup.* dicebamus hodie fuisse sublatam huiusmodi quæstionem, nec de ea amplius esse disputandum: nàm ad tollendam dubietatem fuerunt con-
8 cessæ nouæ gratiæ huic Fidelissimæ Ciuitati, & Regno per Catholicam Maiestatem Regis Philippi II. in anno 1586. & 1589. in quibus per viã declarationis, vt dicit *Dominus Reg. Tapia in d. decis. 2. num. 12. vers. quia*, apertè decernitur, vt frater fratri siue consanguineus, siue vterinus in feudis nouis succedat non obstante clausula *ex corpore*, vt legitur *in pragm. 29. de feudis*.

Quoad feudum verò antiquum aliundè obuentum, quam à parente agnationis communis, dicebamus posse defendi *capitulum* prædictum etiam de eo disponere: nàm vt superiùs fundauimus *capitulum* indistin-
9 ctè loquitur, nec adest verbum hoc indicans, sed simplicitèr determinauit admittendos esse fratres, & sorores ad successionem fratris, & sororis, sublato abusu præfatæ clausulæ *ex corpore*, per quam illa tempestate erant exclusi; & propterea neq; nos distinguere debemus *l. nõ distinguemus, ff. de recept. arbitris, l. 2. §. conueniri, ff. de iudicijs.* facilè enim si voluisset hoc distinguere Rex Carolus, expressisset *l. vnica, § fin autem ad deficientis, C. de cad. toll.* ideoq; quod lex non dixit non est ab homine præsumendum *l. dissentientis, C. de repudijs, cap cum illa; ne sede vacante.*

Voluit enim Rex Carolus solummodò abusum clausulæ auferre, & redu-

reducere successionem ad terminos *Constitutionis*, ac si non adesset clausula, *ex corpore*, quod quidem clarè
10 demonstrant illa verba, *tenore antiquæ Constitutionis attento*, vndè sicut attenta *Constitutionis* dispositione, & forma inuestituræ absque clausula, *ex corpore*, frater in feudo antiquo indistinctè succedebat, siue esset coniunctus ex latere feudi, siue non, & siue esset consanguineus, vel vterinus, vt in superiori disputatione demonstrauimus, ita etiam voluit Rex Carolus, vt indistinctè succederent, non obstante clausula; *ex corpore*, per quam iniustè, & abusiuè videbatur frater exclusus.

Ad cuius corroborationem appositissimè allegabam verba *Andr. in d. Constitut. Vt de successionibus, in verb. filij autem fratrum, col. 4. vers. contrarium tamen verum est*, vbi specificè loquendo de prædicto *Capitulo Considerantes* inclyti Regis Caroli II.
11 asserit, quod illud *Capitulum* non dat de nouo successionem, sed remouet tantùm impedimentum, quod oriebatur per abusum clausulæ, *arg. l. si pater in fin. ff. de monum. vind.* & subsequitur *ibidem in fine*, quod
12 cùm abusus tollitur, videtur remotus in omnem casum, qui ex iniqua interpretatione nasci poterat, arg. *l. si quis pro eo, §. si nummos, ff. de fideiuss. l. quæro, § si inter, ff. locat.* Quomodò igitur clariùs loqui poterat *Andreas* pro declaratione *Capituli?* nimitùm vt per illud dicatur restituta successio, prout erat prius attẽto tenore *Constitutionis*, auferendo clausulę abusum, aliàs non videretur remotus in omnem casum, ac propterea sicut anteà indistinctè succedebat frater, eodem modo hodiè remota clausula succedere debet, iuxta *Constitutionis* dispositionem:
13 & subdit *Andreas*, quod quia *Capitulum* prędictum est scriptum in corpore *Constitutionum*, debet secundum eiusdem *Constitutionis* terminos remota Iuris communis dispositione intelligi, arg. *l. ex facto, in prin. ff. de vulg.* eò magis cùm in Regno
14 feudorum successio reguletur à Iure *Constitutionum*, non autem à regulis Iuris communis, vt disponitur *in Constit. Puritatem*, & tradit post *Consf. d. Georgio in d. alleg 22. num. 38. Reg. Tapia in d. decis. 2. num. 14.* quod etiam voluit *Bartholom. de Capua in Glos. ad d. Capitulum, in verb. frater*,
15 dicens, quod prædictum *Capitulum* concordat *cum Constitutione Regni, Vt de successionibus*, & propterea ex hac *Andreę* explanatione, & declaratione *capituli Considerantes*, dicebã illud debere intelligi indistinctè, remoto solummodò iniquo clausulæ
16 abusu, pręcipuè cùm *Capitulũ* fuerit prolatum ad ampliandam *Constitut.* cuius dispositio per clausulã *ex corpore* restringebatur, & proinde vt dixit idẽ *de Pont. vbi sup.* fuit nouã dispositio, auferendo clausulam *ex corpore*, & ideò secundum eiusdem *Constitutionis* terminos regulari debebat. *ad text. in l. 2. §. si & Iudex, & l. Iudex, ff. de iudic.* cum alijs ad propositum adductis per eundem *Reg. Tapiam in d. decis. 2. num. 16. & seq.* vbi asserit hoc magis procedere, quando dispositio, siue gratia fieret per modum noue concessionis, vt voluit *Bald. in d. l. Titius, ff. de excus. tutor.* præcipuè quando sumus in
17 fauorabilibus, in quibus regulariter est facienda extensio, *l. cum quidam, ff. de liber. & posthum.*

Insuper si *Capitulum* loqueretur tantùm de feudis antiquis prouenientibus à parente communi, nihil noui induxisset: etenim dùm vt superius dictum est, etiam de Iure com-
18 muni feudorum dabatur fratrum successio: quæ per *Constitutionem* deinde fuit ampliata, etiam quod frater non esset coniunctus à latere, à quo prouenit feudum, vt in superiori disputatione ostendimus: ideò fuisset prorsus inutilis dispositio *Capituli*,

pituli, vt dixit post alios idem *Conf. de Georgio d.alleg.*21.*num.*65. *& seq.* & proinde dixit *Camerar. in prædicto Dialogo fol.*364.*col.*2. *vers. quibus*
19 *addendo*, quod *Constitutio Vt de successionibus* habet locum tàm in inuestitura pro se, & hæredibus in feudo nouo, quàm in inuestitura cum clausula *ex corpore* in feudo antiquo, vt latiùs docuit ipsemet *Camerar.* in explanatione verborum *Andr. in d. Constit. Vt de successionibus in d.verb. fratres in d.Dialogo fol.* 363. *cum seq.* vbi inuehit contra *Afflict.* contrariũ sentientem, & dilucidè ibidem demonstrat *Andream* etiam data inuestitura cum clausula *ex corpore* tenuisse in feudo antiquo fratrem indistinctè succedere, etiam quod non esset coniunctus à latere feudi, & ita etiam mutata opinione sensisse, licèt obscurè *Loffred.* testatur, eumq; ibi de furto notat: conferunt etiam notata *per Cãnet. in d.§.opinio fol.*250. *num.*8. Et ideò concludendum asserebam, nè dispositio *capituli* redderetur superuacua, indistinctè, & generaliter procedere, dùm semper
20 noua dispositio interpretari debet, vt aliquid noui inducat, non quod idem disponat *l.*1.*& l.lex falcidia, ff. ad l. falcid.* tenet *Bart.in l.*4. *§.prætor ait, ff. de damno infecto*, latè idem *Loffred.in d.cons.*38.*num.*6. & ad propositum *Cumia in d.cap.Si aliquem, in verb. non communibus num.*10. Hinc dixit satis ad propositum idẽ *Conf. de Georgio in d.alleg.*21. *nu.*69. Quod hodie sumus in puris terminis *Constitutionis*, ac si non adesset clausula *ex corpore*, nàm per huiusmodi *capitulum Considerantes* fuit sublata quo ad feuda antiqua, & per gratias quo ad nouitèr quæsita: & ideò cum attentis terminis *Constitutionis* frater indistinctè succedit fratri, etiam si non sit coniunctus à latere feudi, idem prorsus concludendum dicebam hodie, non obstante clausula *ex corpore*, ex dispositione *capituli*, & *Gratiarum*, conferunt ad hæc etiam dicta per *Glossam in d. cap. Considerantes, in princip. in verb. illo prorsus*,
22 vbi asserit, quod *capitulum* dat interpretationem extensiuam, vt appellatione hęredum *ex corpore* veniant fratres, & sorores, vnde videntur omnes indistinctè admittendi, & ita etiam prædictum *capitulum*, intelligit doctissimus *Napod. in additi. ibidem.*

Insuper dicebam, valere argumentum de feudo nouitèr quæsito,
23 ad feudum quod aliunde peruenit, quam à parente communi, quia nulla videtur posse assignari ratio diuersitatis in vno, quam in alio, vnde eadem debet esse dispositio *l. illud ad l. Aquil. & l. à Titio, ff. de furtis, cum concordant.* Non alia enim ratione excludi poterit frater à feudo antiquo, quod aliunde peruenit, quam à communi stipite, nisi quia non est coniunctus ex illo latere, à quo prouenit feudum, & consequentèr quia non est agnatus: Eadem igitur ratio videtur militare in feudo nouitèr quæsito, in quo nulla quoque considerari potest agnatio, feudum quip-
24 pe nouum non habet agnatos, vt tradit *Freccia de subfeud. lib.*3.*rubr.*1. *sub num.*19.*fol.*392. & *idem in differ. inter feud. quatern. & plan. fol.* 422. *num.*28. Et proinde *Andreas*, & cæteri in prædicta *Constitutione* dixerunt in terminis dictæ *Constitutionis*,
25 ideò esse admictendum fratrem etiã non coniunctum ex latere feudi ad successionem fratris in feudo antiquo, quia per eandem *Constitutionẽ* apertè admittebatur frater in feudo nouo, quasi quod à pari procederet feudum nouum, & antiquum, quod aliunde procedebat, quam à parẽte agnationis communis: quia nulla potest assignari ratio diuersitatis, & propterea eadem ex dictis per *Andr.* militare debebat dispositio, sic in puncto tradit videndus idem *de Ponte vbi sup.nu.*6.*&* 7.vbi expressè

nullam

nullam adesse discriminis rationem inter vnum, & aliud feudum ex *Andrea* deducit. Ergò dicebam, dùm attenta dispositione *capituli Considerantes*, & præter illam, attentis etiam Gratijs nouitèr concessis frater fratri succedit hodie in feudo nouo siue sit consanguineus, siue vterinus, non obstante clausula *ex corpore*, vt habetur in prædicta *pragmat.29.de feudis*, ita etiam iudicandum erat hodie in feudo antiquo, vt in eo etiā frater indistinctè succedere possit, etiam quod non sit coniunctus ex latere feudi, minime refragāte clausula *ex corpore*, cùm nulla prorsus assignari possit ratio diuersitatis in vno, quā in alio, ad notata per *Andr. in cap.1. de alienat. feud. pater. col.3. circa finem, vers. item in summa, & Petrus Siculus in cons.12.n.35*. Quinimò
26 quando eadem prorsus viget ratio, eadem dicitur adesse dispositio comprehensiuè, non extensiuè, *l.bis solis, vers. satis etiam, C. de reuoc. donat.* latè *Tiraquell. in l. si vnquam, in verb. libertis, num.45. & 46. C. eod. tit.*

Hinc dicebam optimè dixisse eundem *Loffredum in d. cap.1. de nat. succ. feud. fol.46. col.4. in fine, vers. nec prædictis obstat*, nimirùm quod *Con-*
27 *stitutio* non considerauit communem stipitem, sed tantummodò gradum, & coniunctionem vltimi morientis, non primi acquirentis, quod etiam amplexus fuit idem *de Georgio d. alleg.21. num.31. & 36.* & ante eos considerauit *Andr. in d. Constitutione*,
28 & proinde arguit *Loffredus*, quod sicut in feudo nouo non consideratur stipes communis, ita neque in feudo paterno, vel materno, respectu fratris vterini, vel consanguinei, & propterea id quod prouisum est in vno, militat in alio: quia militat argumentum de vno ad aliud; & ideò sicut *Loffredus* argumentabatur de feudo nouo ad antiquum in terminis *Constitutionis*, ita etiam optimè argumentari posse dicebam hodie in terminis *Capituli, & Gratiarū*, vt sicut frater succedit fratri in feudo nouo: siue ab vtroque siue ab altero tantùm latere coniungatur, nō obstante clausula *ex corpore*, ita etiā debeat, & possit succedere in feudo antiquo, quod aliunde peruenit, quā à patre communi, minime refragāte prædicta clausula, cùm eadem militat ratio in vno, quam in alio, eo magis cùm prædictæ Gratiæ fuerūt concessæ secundum terminos *Constitutionis, & capituli Considerantes*, vt expressè legitur *in d. pragmat.29. de feudis*, & per viam declarationis, vt dicit idem *D. Reg. Tapia in d. dec.2. num.12. vers. Quia.*

Neque huic argumento quicquā obstare dici poterat ratio, quam affert idem *Regens de Ponte in d. tract. num.16. vers. quæ opinio*: nimirum Gratias loqui specificè in feudis nouis, ideoque non debere, nec posse extendi in feudis antiquis aliunde peruenientibus, quam à stipite communi; Nàm cùm nulla possit assignari ratio diuersitatis in vno, quàm in altero, vt diximus ex eodem de *Ponte ibidem num.6. & 7.* non erat cur diuersimodè debebant iudicari, sed sub vna, eademque debebant dispositione comprehendi non extensiuè, sed comprehensiuè, *d. l. bis solis, C. de reuoc. donat.* Præcipuè cùm Gratiæ non fuerint correctoriæ *Constitutionum*, quæ dicuntur ius com-
29 mune in Regno, quin potiùs videantur cum illis se confirmare, dùm illo iure indistinctè fratres ad successionem admictantur.

Insuper argumentum ab identitate rationis habet locum etiam in *Constitutionibus, & Pragmaticis* vni-
30 uersalibus Regni, prout sunt istæ Gratiæ redactæ *in Pragmaticis*, vt habetur *in d. pragmat. 29. de feudis*, quemadmodum locum habet attento Iure communi, vt docuit *Andr. in cap.1. circa finem, versic. sicut dicit lex Regni, de eo qui sibi, & hæredib. suis*, & idem

Idem *in cap. imperialem*, §. *prætereà Ducatus num.* 17. *versic. quando ergò homo demanij*, ex eo quia *Constitutiones, & Pragmaticæ* dicuntur ius commune in Regno cum sint redactæ in corpore legum Regni, & idem docuit in *d. Constitut. Vt de successionibus in versic. filij autem fratrum, col. 3. vers. odiosa est, & col. 4. versic. contrarium*, ibi: *Et postquam redigitur in corpore, est generalis*, & ità sensit expresse videndus *Dom. Reg. Rouit. in decis.* 78. *num.* 5. vbi allegat *Andream* in locis supra allegatis, & etiam in *Constitut. iuris gentium*, *versic. continet hoc ius defensæ*, *& Gramat. decis.* 101. *num.* 3. imò *num.* 6. *idem Reg. Rouit.* addit, quod etiam si essemus in statuto particulari, adhùc in eo daretur extensio ad alium casum, ex identitate rationis, ex latè traditis per *Cassan. in Consuet. Burg. in concl. in textu interpretes num.* 8. *& seq. fol.* 382. imò etiam, quod adessent dictiones taxatiuæ, vt docuit *Iason l. 1. col. 3. C. de bon poss. contr. tabul. & in l. gallus, §. instituens in fin. ff de lib. & posth.* nàm illæ non excludunt similia, vel connexa, vel ea in quibus militat eadem ratio, *per text. in l. ob æs, C. de prædijs, & alijs reb. minor.* Ideò cùm eadem vtrimq; adsit ratio, eadem debebat esse dispositio, vt argumentum procederet.

Propterea parum etiam videbatur refragari, quod ex aduerso considerabatur, inuestituræ nimirùm tenorem esse ante omnia attendendũ,
31 quia hoc non negabatur, sed dicebamus per dispositionem *Capituli Considerantes*, vel saltem per dictas nouas *Gratias* fuisse exequatas huiusmodi inuestituras, pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuũ, & illam cum clausula *Ex corpore*, vt tradit *Friccia d. lib.* 3. *de subs. in prima formul. inuestit. fol.* 394. *nu.* 25. *& Consil. de Georg. d. alleg.* 21. *n.* 69. *in fine*, vbi ex his asserit, clausulã *Ex corpore* hodie nullam præstare prærogatiuã.

Et ideò pro hac opinione, non obstante clausula *Ex corpore* in casu fortiori, scilicet pro fratre vterino contra agnatum licet remotiorem, descendentem tamen à latere feudi, latissimè differendo concludit Doctissimus *Camerar. in prædicto responso, seù dialogo impresso post Cannetij opus*, & eum pro fratre consanguineo sequutus fuit multis adornans medijs meritissimus *Præsid. Amat.* feudista, nemini secundus in prædictis *consilijs* 97. *&* 98. *per totum*, & videtur tenere etiam *Dom. Reg. Tapia in prædicta decis.* 2. in discursu decisionis, licet casus ibi fuerit in feudo nouo.

Et licet pro contraria parte nonnulli etiam numerentur Doctores superiùs relati; illorum tamen opinio procedere poterit casu quo adesset
32 agnatus in gradu tamen successibili descendens ex corpore primi acquirentis, vt fuit in illa causa Sãcti Marci, tùnc enim illum esse preferendum dicebamus, ne aliena soboles propriæ anteponi videretur, *ad text. in l. cum auus, C. de fideicom. & l. cum acutissimi, ff. de condit. & demonstrat*, licet in gradu proximiori existeret frater consanguineus, vel vterinus non descendens ex latere feudi. At quando nulli adsunt agnati descendentes ex corpore primi acquirentis in gradu successibili, sed tantùm frater consanguineus, vel vterinus, illum omninò ex prædictis esse admittendum ad exclusionem Fisci, docuerunt idem *Loffred.* contrariæ opinionis assertor in *d. cap.* 1. *de nat. succ feud. col.* 9. *circa medium*, *versic. ego tamen non omisi ro fol.* 47. *at.* vbi loquens de forma inuestituræ cum clausula *Ex corpore*, de qua inceperat tractare *à col.* 7. *versic. & hæc disputatio fol.* 47. asserit, quod in concursu duarum linearum ille debet admitti, qui est de linea, à qua prouenit feudum; sed quando non adest, nisi vnus licet de alia linea, à qua non deriuatur feudum, non excludetur à

Fisco, & hoc idem declarat clarissimis verbis omninò videndus *Milanensis d. decis. 8. num.* 158. vbi limitationem quam posuit *nu.* 156. ex clausula *Ex corpore*, intelligit procedere dummodò adsint descendentes ex corpore acquirentis feudum; sed illis deficientibus admittit fratrem ex altero latere non obstante clausula *Ex corpore*.

Benè verum est, quod idem *Camerar. in d. cap. 1. de natur. success. feud.*
33 *nuper impressus in lectur. 26. num. 38.* licet teneat pro fratre, stante inuestitura pro se, & hæredibus simplicitèr, tamen cum clausula *Ex corpore*, videtur sentire contrarium, quia tùnc inuestitura repugnat, authoritate eiusdem *Andreæ ibidem*, *& in d. Constitut. Vt de successionibus*; & respondet ad argumenta in contrarium allata interpretando *d. Consilium Baldi*, *siuè Angeli* 110. adeò vt nō parùm miratus fuerim, quomodo fuerit parùm in sua opinione constans, dùm *in d. responso*, contrarium acerrimè tenuerit; sed poterit responderi eum *in d. cap.* 1. *de nat. succ. feudi*, loqui in terminis *Constitutionis*, prout etiam loquitur *Andreas*, non autem in terminis Capituli *Considerantes*, de quo nullam penitùs facit mentionem, vel saltem quæstionem esse satis dubiam, prout ipsemet *Camer. in d. lect. 26. nu. 53.* dicit semper sibi visam fuisse perdifficillimā: Et ideò in dubijs quæstionibus pronunciandum contra Fiscum, *ex l. non puto, ff. de iure Fisci*, vt in his terminis videtur arguere idem *Camerar. in d. c. 1. de nat. succ. feud. lect. 22. nu. 11. versic. ad quod tenendum.*

Hæc respondi, vt morem gererē, Excellentissimo Principi, posse allegari quando casus occurrisset, prout non euenit; nàm prædecessit frater consanguineus ipsi D. Lauiniæ, & ideò non fuit disputationi locus; sed cùm idem articulus incidisset in successione Ducatus Ebuli ob mortem Ducis Nicolai Grimaldi, absq; successoribus in gradu per *Constitutionem, & Gratias* compræhensis, eadē prorsùs adduxi pro Principe Angri eius frater vterino, vnà cum eruditissimo Io. Baptista Confalono, tùc meo collega, deindè perspicacissimo Fisci Patrono, ac demùm meritissimo Regiæ Cameræ Præside; quem auara mors citius nobis abstulit. In qua causa fuit nouitèr reperta quædam gratia per Suam Maiestatem Ciuitati, & Regno concessa. Ex qua videbatur, omnis dubietas circa huiusmodi successionem sublata, de qua in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *Verba Gratiæ concessæ per Suam Catholicam Maiestatem sub die* 13. *Augusti* 1622. *referuntur.*

.. *Ex quibus colligitur nedùm habitum fuisse pro absoluto fratrem vterinum, vel consanguineum in feudis antiquis succedere, non obstāte clausula* Ex corpore.

.. *Sed fuisse nouitèr concessam dictā Gratiam.*

2 *Verba gratiæ referuntur ad Constitutionem* Vt de successionib.

.. *Et etiam ad* Capitulum 258. Regni Siciliæ Vltra Pharum.

.. *Ergò secundum illorum terminos debet intelligi, scilicèt tàm in feudis antiquis, quàm nouitèr quæsitis, prout illa disponunt.*

3 *Ex concessione gratiæ prædicta, in qua Rex per verbum placet, voluit tùnc fratres vterinos ad feudalem successionem esse admittendos quādo nullus adsit in gradu successibili descēdens à primo acquirente: duo colliguntur.*

.. *Primùm, quod loquatur gratia de feudis antiquis.*

.. *Secundùm, quod fuit admissus frater vterinus, vel consanguineus, ad successionem, in illo tamen casu, quo nullus superstit descendens à primo acquirente,*

4 Ver-

4 *Verba gratiæ prædictæ nullo modo adaptari possunt in feudo nouo.*

.. Frater enim vterinus, vel consanguineus in feudo nouitèr quæsito, non dicitur descendens à primo acquirente.

.. Ergò gratia necessario debet intelligi in feudo antiquo, nè aliàs inutilis iudicetur.

5 *Frater vterinus, vel consanguineus non per argumentum à contrario: sed directè, & dispositiuè fuit vocatus ad successionem per gratiam.*

6 *Fiscus licet per gratiam expressè non excludatur propter existentiam fratris vterini; eius tamen exclusio venit per subauditum intellectum, & ex necessaria consequentia.*

7 *Argumentum à contrario, & per subauditum intellectum admittitur, nè concessio reddatur elusoria, etiam quod sequatur alterius iuris correctio.*

8 *Argumentum à contrario, & per subauditum intellectum fortissimum est in iure.*

.. Pro lege enim accipitur, & habetur, ac si fuisset expressè sancitum.

.. Sed limitatur, quando aliqua sequeretur legis correctio.

9 *Nulla lex, neq; Constitutio, vel Capitulum, siuè Pragmatica expressè fratres vterinos à successione repellit.*

10 *Gratia prædicta secundum opinionem Fisci Patroni intelligitur, iuxtà terminos Constitutionis* Vt de successionibus, *nimirùm in concessione, absq; clausula* Ex corpore.

.. Sed huic opinioni occurritur, ex verbis eiusdem gratiæ.

11 *Dispositio debet intelligi, secundum terminos narratiuæ.*

.. Præcipuè dùm simplicitèr per verbum placet, fuit concessa gratia.

12 Capitulum Regni Siciliæ Vltra Pharum *disponit in beneficium fratris vterini, siuè consanguinei, etiam existente clausula* Ex corpore.

13 *Occurritur alteri obiectioni per Fiscum excitatæ.*

14 *Doctrina* Innocentij in cap. 1. nu. 6. de rescriptis, *quod debeat exprimi id, quod induceret Principem ad non concedendum, vel difficiliùs, procedit quando noua gratia fuisset derogatoria aliarum gratiarum.*

15 *Gratia Regis Philippi II. nullam mentionem facit de feudis antiquis.*

16 *Gratia declaratiua nihil noui inducit, sed tantùm id, quod concessum fuit declarat.*

.. Sed hoc procedit quando noua gratia stat in puris terminis declarationis.

.. Secùs si certam etiam, & determinatam dispositionem contineat.

.. Eo enim casu dicitur noua dispositio, non simplex declaratio.

17 *Dispositio noua dicitur, & noua concessio quando aliquod substantiale additur, varians subiectum.*

18 *Huiusmodi gratia fuit etiam per eadem verba petita in anno* 1613.

.. Et per Regem concessa sub conditione tamen nè ius aliquod nouum intelligatur quæsitum fratribus.

.. Sed denuò efflagitata, fuit simplicitèr deindè per verbum placet concessa.

A R G V M E N T V M.

Agitur de intellectu gratiæ nouitèr concessæ sub die 13. Augusti 1622. in beneficium fratris vterini, vel consanguinei, vt intelligatur, etiam in feudis antiquis.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXX.



IN causa successionis Ducatus Ebuli per mortẽ quondam Ducis Nicolai Grimaldi, inter Principem Angri, eius fratrem vterinum, & Regium Fiscum de qua fuit facta mentio in præcedenti disputatione: fuit in Registro Regiæ Cancellariæ nouitèr reperta gratia per Suam Maiestatem Ciuitati, & Regno concessa, ex qua videbatur omnis difficultatis nexus facillimè resolutus. Etenim in parlamento generali celebrato per quondam Ducem Ossunæ Viceregem sub die 18. Februarij 1617. fuit petita hæc gratia, per hęc verba.

1 *Item questa Fidelissima Città, Baronaggio, & Regno ricordano à Vostra Maestà, come in virtù della Constitutione del Regno, li Fratelli, & Sorelle vterine sono chiamati alla successione delli feudi. Et essendosi doppoi dall' Auocato Fiscale difficoltata tal successione per le clausole, pro se, & hæredibus ex corpore, che si sogliono ponere nelle concessioni inuestiture, & assensi, essa Fidelissima Città, Baronaggio, & Regno per togliere ogni ombra di difficoltà nell' anno , nè supplicorno la Maestà del Rè Filippo II. Padre della Maestà Vostra, & cossi fù conceduto, & declarato. Et perche tanto per la dispositione, quãto per la declaratione di Sua Maestà di felice memoria si può difficultare se si intende ad exclusionem Fisci, ò pure di quelli, che discendono dal primo acquirente, ancorche congionti in grado più remoto, sic come fù determinato nel Regno di Sicilia Vltra Pharum, & approbato nel Supremo Consiglio d'Italia nell' anno 1555. doue fù imposto perpetuo silentio alle parti che pretendono lo contrario, & dopò nell' anno 1557. per togliere in futurum l'occasione delle liti à petitione di quel Regno se ne spedì capitolo particolare della Maestà Sua. Perciò essa Fidelissima Città, Baronaggio, & Regno supplicano la Maestà Vostra voglia anco per rimouere ogni occasione che potesse nascere in questo Regno frà suoi Fidelissimi Vassalli, declarare che li Fratelli, e Sorelle vterine all' hora siano chiamati alla successione delli beni feudali, quando non vi sia in grado successibile persona discendente dal primo acquirente conforme fù conceduto, & declarato dalla predetta Maestà à petitione del Regno di Sicilia Vltra Pharum. Placet Suæ Regiæ, & Catholicæ Maiestati, sub datum Matriti die 13. Agusti 1622. Exequutoriata Neapoli die 30 Maij 1623.*

Etenim ex verbis huius gratiæ satis clarè colligi videbatur, nedùm fuisse pro absoluto habitum, in feudis antiquis succedere fratrem vterinum, vel consanguineum excluso Fisco, non obstante clausula *Ex corpore*, sed fuisse hoc etiam concessum nouitèr per dictam gratiam.

2 Verba enim gratię principalitèr referuntur *ad Constitut. Vt de successionibus* (licet ad tollendum deindè dubium clausulæ *Ex corpore*, relationẽ etiam habuerint ad gratias posteà concessas, tàm huic Regno, quàm Vltra Pharũ): *Constitutionẽ* autẽ prædictam *Vt de successionibus*, loqui indistinctè tàm in feudis antiquis, quã nouis non ambigitur, vt in superioribus disputationibus fuit demonstratum, vndè hæc gratia secundum illius terminos indistinctè etiam debet intelligi, vt scilicet procedat tàm in feudis nouis, quàm antiquis ex rationibus ibidem allegatis.

Secundò, refertur etiam hæc gratia *ad Capitulum 258. Regni Siciliæ Vltra Pharum* concessum per Imperatorẽ Carolũ V. immortalis memoriæ, quod quidẽ nulli dubiũ est, quin loquatur indistinctè in feudis antiquis, & propterea iuxtà illud etiam debere interpretari dicebam.

3 Vn-

3 Vndè cùm Rex per verbum *Placet*, expresè disponendo concesserit, tùnc fratres vterinos ad feudalem successionem esse admictendos, quãdo nullus aderit in gradu successibili descendens à primo acquirẽte; dicebam ex huiusmodi concessionis gratia, duo necessario inferri.

Primùm: loqui nimitùm hanc gratiam in feudis antiquis; aliàs si hoc necessariò non induceretur, protsùs inutilis esset iudicanda hæc gratia; numquam enim posset dari casus, in quo illa verificaretur, in feudis nouis: sed tantùm in antiquis: In feudo enim nouitèr quæsito, non conueniunt, nec conuenire possunt, illa verba: *Vt tùnc frater vterinus succedat, quando nullus existit descendens à primo acquirente*, esset enim hoc impossibile; quia frater vterinus, vel cõsanguineus in feudo nouitèr quæsito non est descendens à fratre primo acquisitore feudi. Et si ponere volumus casũ, quo concurrat frater vterinus, cum nepote ex fratre vtrimq; coniuncto in feudo nouitèr quæsito, vt accidit in causa Friderici Tomacelli cum Marco Antonio Galeota fratre vterino, vbi fuit prælatus patruo nepos ex vtrimq; coniuncto, de qua decisionem facit *Dom. Reg. Tapia in d. decis.* 2. nullo modo possunt applicari verba huius gratiæ, nàm nepos ex fratre vtrimq; coniuncto non dicitur descendens à primo acquirẽte, sed benè collateralis, & in *d. decis.* fuit determinatum in beneficium nepotis ad exclusionem fratris vterini, non vigore huius gratiæ, quæ non dùm fuerat concessa, sed ex vi representationis, dùm nepos repræsentabat patrem natu maiorem; vndè necessariò fatendum dicebam, quod hæc gratia loquebatur in feudis antiquis, in quibus solummodò, poterant verificari illius verba, vt, tùnc scilicet admictatur frater vterinus, quando nullus adsit, qui fuerit descendens à primo acquirente.

Secundùm: quod etiam necessarium deduci dicebam ex verbis gratiæ, est admissio fratris vterini ad feudorum antiquorum successionem, in illo tamen casu, quo nullus à primo acquirente descendens in gradu successibili superstes fuerit, ad exclusionem Fisci; prout erat in illa causa Principis Angri, qui erat frater vterinus Ducis Ebuli vltimo defuncti, nec aderat alius à primo acquirente descendens.

Nec obstare dicebam, quod pro parte Fisci obiectabatur, nimirùm per dictam gratiam non fuisse vterinum fratrem ad exclusionem Fisci vocatum expresè, sed per subauditum intellectum, & argumentum à contrario sensu. Quoniam nedùm expresè, sed expressissimè videbatur
5 ad successionem vocatus, non autem per argumentum à contrario; Etenim tùnc dici posset vocatus per argumentum à contrario, quando verba gratiæ essent alitèr concepta, videlicet, quod quando adest descendens à primo acquirente, non admictatur frater vterinus, eo enim casu non diceretur vterinus dispositiuè, & directè vocatus, sed per argumẽtum à contrario, sed verba gratię sunt directè concepta, nimirùm, vt tùnc admictatur vterinus quando non adest descendens à primo acquirente, vndè directè, & dispositiuè dicitur vocatus per gratiam, etiam si strictè, & ad limites verborum sumatur argumentum per ea quæ scribunt *Butr. in cap. cum Apostolicam in vlt. notab. de his quæ fiunt à prælat.* & cæteri *Canonistæ ibidem, & Doctores in l. 1. ff. de officio eius, vbi Decius*, nàm vt diximus hoc non prouenit ex argumento à contrario, sed ex vi ipsorum verborum directè, prout explicat in simili *Bald. in l. obseruare*, §. *proficisci, num. 5. de offic. proconsul. Tiraquel. de retract. conuent.* §. 1. *glos.* 2. *num.* 49. & post alios, *Menoch. in consil.* 151. *n.* 47. & 48.

Neq; multum referre dicebam; quod in prædicta gratia non dicatur, frater vterinus vocatus ad successionem, expressè ad exclusionem Fisci;
6 nàm hoc veniebat ex necessaria consequentia, aliàs enim gratia esset inanis, & numquam posset verificari, nã quando nullus adest descendens à primo acquirente, tùnc nullus alius superesse videtur nisi Fiscus, & vterinus, vndè si eo casu admictitur vterinus ex concessis per gratiam, necessario sequitur intelligi ad exclusionem Fisci, & ideò hoc casu ne gratia sit elusoria, admictitur argu-
7 mentum à contrario sensu, & per subauditum intellectum, etiam quod sequatur correctio alterius iuris, vt habetur *in Auth. diaconissam iuncta, l. nullam vbi glos. C. de Episcop. & Cler.* quam ad hoc reputat singularem *Barbatias in cap. nullus de foro compet.* præcipuè cùm in narratiua gratiæ fiat mentio de exclusione Fisci, & sequitur concessio per verbum placet simplicitèr.

Sed dato millies, quod vterinus frater fuerit per gratiam admissus non directè, & dispositiuè, sed per subauditum intellectum, & per argumentum à contrario; certum esse
8 dicebam, huiusmodi argumentum esse fortissimum in iure *d. l. 1. §. huius rei, ff. de offic. eius cui mand. est iurisdictio, & l qui testamento il secondo, §. mulier, ff. de testam.* quia dicitur mens legis, vel statuti, vt per *Gloss.* notabilem *in d. l. qui testamento, §. mulier*, vbi asserit sensum contrarium, & subauditũ pro lege accipi, & haberi perindè, ac si esset expressum, & eam magnificiunt *Bald. & Castr. ibidem, & idem Bald. in cap. canonum statuta de Constit.* ad quod facit optimè *textus in l. si quis locuplex in fine, ff. de manumiss. testam.* vbi habetur, quod id de quo constat per contrarium, & subauditum sensum legis, vel statuti, videtur apertissimè constare.

Et licet hoc limitationem patiatur, quando sequeretur aliqua iuris correctio, vt argumentabatur Fisci Patronus, *ex textu* vbi *Gloss. in cap. vnic. de ætat. & qualitat. & in l. 2. C. de condit. insert.* & per *Doct. in l. 1. §. huius rei, ff. de offic. eius*, & tradit *Afflict. in decis. 314. num. 3.* Nihilominùs dicebam hoc casu, nullam ades-
9 se legem, vel statutum, siuè Constitutionem, quæ ex hac vterinorũ vocatione per subauditum intellectum desumpta, veniret corrigenda; nulla enim lex, Constitutio, Capitulum, siuè Pragmatica sanctio, quam adhùc viderim, expressè prohibet fratrem vterinum succedere in feudis antiquis; nàm licet *Pragmat.* 18. *de feud.* admictat fratres vterinos ad successionem in feudis nouitèr per fratrem emptis, non tamen expressè alios exclusit à feudis antiquis, vndè non poterit dici, quod per hanc nouam gratiam corrigatur. Nec memini me legisse aliam legem, quæ hoc disponat, quinimò potiùs contrariũ, vt in *Cap. Considerantes*, & licet aliqui ex Doctoribus eius sint opinionis, vt fratres vterini in feudis antiquis non succedant, tamen illorum opinio, non est lex, quæ non possit correctionem pati per subauditum intellectum sumptum à lege, siuè gratia, quæ ad tollendam dubietatẽ fuit emanata, & concessa.

Sed vrgebat vlterius Fisci Patronus, vt his omnibus occurreret; gratiam prædictam debere intelligi, iuxtà terminos *Constitutionis Vt de successionibus*, nimirùm in concessione
10 pro se, & hæredibus, & successoribus in perpetuum, absq; clausula *Ex corpore*, quo casu vel inuitus confitere cogebatur, succedere vterinos indistinctè tàm in feudis antiquis, quàm nouis, etiam quod non essent coniuncti à latere feudi. Sed non quando in inuestitura adesset clausula *Ex corpore*; quia hoc casu dicebat Fisci Patronus gratia loqueretur de indubitabili contra *textum*

in l. 1.

in l. Labeo, ff. de ædilit. edict. præsupponendo esse indubitatum, fratres vterinos esse excludendos à successione feudorum antiquorum, stante clausula *Ex corpore*, & ideò dicebat ne gratia esset elusoria, debere intelligi in terminis concessionis pro se, & hæredibus simplicitèr, absq; clausula *Ex corpore*.

Attamen dicebam ex verbis eiusdem gratiæ, satis clarè colligi, eius dispositionem procedere, etiam stante inuestitura cum clausula *Ex corpore*: Etenim post narratiuam positam in principio, quod vigore *Constitutionis Regni*, fratres vterini admictantur indistinctè ad successionem feudorum antiquorum, statim additur, quod per Fiscales fuerat difficultata successio propter clausulam solitam in concessionibus apponi, pro hæredibus scilicet *Ex corpore*, quæ in vtraq; successione feudorum nimirùm antiquorũ, & nouitèr quæsitorum vim faciebat, & propter eam fiscales successionem difficultabant, dùm ergò in narratiua gratiæ fuit facta mentio de huiusmodi clausula *Ex corpore*, quæ non minùs respiciebat successionem in feudis antiquis, quàm in nouis, & etiam de Fiscaliũ controuersia, necessariò sequi dicebam, quod dispositio deindè emanata, deberet intelligi secundum ter-
11 minos narratiuæ dùm simplicitèr, & absq; aliqua distinctione Rex per verbum placet, concessit, & consequentèr etiam attento tenore inuestituræ cum clausula *Ex corpore*.

Nec dici poterat, petitionem Ciuitatis, & Regni fuisse solum relatiuam *ad Constitutionem*, & sic ad formulam pro se, & hæredibus simplicitèr, nàm si hoc esset ad quid mentionem facere de Fiscalium controuersia ex prædicta clausula *Ex corpore*, præcipuè cùm iàm illa formula non ampliùs esset in vsu; sed cùm clausula prædicta *Ex corpore*, quæ tùnc & hodie, nedùm frequentissima, sed cõmunis in Regno est. Quod etiam comprobari videbatur, ex eo quia tàm in narratiua, quàm in di-
12 spositiua, fit relatio ad *Capitulum Regni Siciliæ Vltra Pharum*: quod quidem certum est loqui, etiam stante clausula *Ex corpore*, vndè secundum illius terminos debebat etiam intelligi.

Nec quicquam obstabat argumẽtum Fisci in contrarium appositum, quod si hoc esset loqueretur gratia de casu indubitabili, quasi indubitatum esset vterinos esse exclusos: quia hoc est, de quo disputatur, vt in superioribus diximus, nec debet accipi pro absoluto, quod in quæstione ponitur, quia hoc esset petere principia. Sed dato esse indubitatam, & certam vterinorum exclusionem; quis prohibet, quin Rex ad petitionẽ subditorum de eius Maiestate benemeritorum, nouam gratiam, cõcedere possit, & admictere vterinos, etiam quod per aliquam legem indubitatè fuissent exclusi? certè, vim argumẽti me non capere fatebar.

Neq; aliquid officere poterat, q. in prædicta gratia fuisset facta mentio de alia gratia concessa per Catholicam Maiestatem Philippi II.
13 quæ loquitur in feudis nouis, quasi quod hæc noua gratia per huiusmodi relationem se restrinxerit ad feuda nouitèr quæsita respectu clausulæ *Ex corpore*: quoniam ideò de illa gratia fuit facta mentio, quia difficultas clausulæ in feudis nouis præcipuè emergebat: per *Capitulum* enim *Considerantes*, iàm in feudis antiquis fuerat super hoc prouisum auferendo clausulæ abusum; & ideò fuit facta mentio de feudis nouis, ad inducendum magis animum Suæ Catholicæ Maiestatis ad hanc gratiam in omnibus concedendam, & sic potiùs vt series successionis texeretur, quam ad finem se restringendi ad terminos illius gratiæ.

Nec fuit petitio subreptitia, vel obre-

obreptitia, vt Regius Fisci Patronus asseuerabat. Nihil enim fuit narratum Regi, quod verùm non esset, neq; aliquod sub silentio omissum; nàm nō videbatur necessariū, exprimere totū tenorem gratię Regis Philippi II. quasi quod ex illius expressione Rex, vel non concessisset huiusmodi nouam gratiam, vel difficilius, ex doctrina *Innoc. & aliorum in cap. 1. num. 6. extrà de rescriptis*: quo-
14 niam vt eadē pars ex aduerso fatebatur; huiusmodi *Innocentij* doctrina procedit, quando noua gratia fuisset derogatoria aliarum gratiarum ab ipsomet, vel alijs prædecessoribus concessarum, de quibus notitiam non habebat. Et ideò non poterat applicari ad casum; Cùm hæc noua gratia nullatenùs fuerit derogatoria aliarum gratiarum concessarum; nullibi enim reperitur dispositum, ne frater vterinus posit succedere in feudis antiquis, etiam attenta clausula *Ex corpore*; & præcipuè in prædicta gratia Regis Philippi II. quæ tantummodò loquitur in feudis nouis admictendo fratres vterinos, vel consanguineos ad successionem, etiam cum clausula *Ex corpore*; nullam pænitùs mentionem faciens de feudis antiquis; & ideò hęc noua gratia in nihilo derogat illi, sed disponit etiam de feudis antiquis, potiùs, augendo, quàm derogādo; & ideò non parùm mirabar, quod ità asseuerantèr Regius Fiscus affirmaret, quod in prædicta gratia Regis Philippi II. expresse repellebantur fratres vterini à successione feudorum antiquorum attento tenore inuestituræ cum clausula *Ex*
15 *corpore*, dùm in ea nullum legebatur verbum de feudis antiquis; sed solùm dispensauit in feudis nouitèr quæsitis, quia hoc solū fuit petitum.

Neq; in aliquo aduersari dicebā, idquod in contrarium allegabatur, hanc nouam gratiam de anno 1622. Ciuitati, & Regno concessam, non fuisse noui iuris inductiuam, sed tantùm declaratiuam, & consequentèr
16 nihil noui tribuere ex dictis per eūdem *Innocentium, & cæteros in d. c. 1. num. 4. extrà de rescriptis*, sed tantùm id, quod concessum fuerat declarare; & propterea nihil potuisse prætendere ex hac noua gratia fratres vterinos, sed in omnibus succedere secundum primæua iura, cùm non fuerit nec intentio Ciuitatis hoc petendi, neq; Regis illud concedendi.

Quoniam hæc regula, quod concessio per viam declarationis nihil noui tribuat, limitationem patitur, quotiescumq; non statur in puris terminis declarationis, sed proceditur ad certam, & determinatam dispositionem, præcipuè in Principe, qui potestatem de nouo concedendi habet, eo enim casu dicitur noua dispositio, non simplex declaratio, vt habetur per *Soccin. in consil. 49. num. 5. vol. 1. post Calderin. de præbendis consil. 16. aliàs 237. & Roman. in cons. 45. per totum*, vbi latè *addentes*: & ideò cùm in hac noua gratia habeatur certa, & determinata dispositio, tùnc scilicet esse admictendos fratres vterinos ad feudorum successionem indistinctè, quando nullus supererit ex descendentibus in gradu successibili à primo acquirente, sequi necessariò dicebam, nedùm vim declarationis habere, sed nouæ etiam gratiæ, & concessionis robur obtinere.

Insuper dicebam, nouam etiam dispositionem resultare, quando ali-
17 quod substantiale additur varians subiectum secundum *Bald. in l. heredes palam, §. sed & si notam in 3. not. num. 4.* vbi etiam *Imola, & in §. quid post num. 8.* vbi etiam *Aretin. num. 8. ff. de testament. Roman. d. consil. 45.* & latè alios referens *Franc. Niger Ciriac. controuers. 210. num. 21. cum sequentibus.*

Quod autem ex hac noua gratia videretur aliquod substantiale addi in be-

in beneficium fratris vterini,& quod hoc non latuerit ipsum Regem, qui benè cõsiderauit ex huiusmodi gratia nouum ius acquiri ipsis fratribus in successione feudorum antiquorum, non obstante clausula *Ex corpore*; prænotandum dicebam: quod hæc eadem gratia fuit aliàs per Ciuitatem, & Regnum petita per eadē
18 prorsùs verba in anno 1613. & per Suam Maiestatem super ea, per hæc verba prouisum. *Placet Suæ Regię, & Catholicæ Maiestati, dummodò virtute concessionis, & gratiæ huiusmodi non intelligatur nouum ius vllum acquisitum per fratres vterinos, sed penes eosdē maneat ius, quod vigore Capitulorum, Gratiarum, & legum Regni habuerint sub datū Matriti die 18. Martij 1616.* Vt ex copia illius in actis præsentata apparebat, in Banca Actuarij Bartholomei Gallucij in Regia Camera.

Ex cuius decretationis verbis colligi dicebam, non ignorasse Regem ex concessione prædicta simplicitèr per verbum *Placet*: nouum ius acquiri ipsis fratribus vterinis, nec illam stare in puris terminis declarationis; & ideò, quia noluit nouum ius ex illa gratię concessione illis acquiri; apposuit illam clausulam protestatiuam, vt nullum ius ex illa acquireretur fratribus; sed illis reseruauit ius, quod ex alijs iuribus Regni competebat.

Vndè cùm deindè ipsa Ciuitas, & Regnum nesciret fuisse super illorū petitione prouisum, non dùm enim peruenerat gratia prædicta in eius posse, licet expedita sub dicto die 18. Martij 1616. ob incuriam Procuratorum, vt in dies experimur, sed tandem in anno 1623. quo tempore fuit exequutoriata: Iterū Ciuitas, & Regnum in Comitijs habitis per Ducē Offunæ Viceregem sub die 18. Februarij 1617. illam denuò efflagitauit per eadem omninò verba, & super ea per Suam Maiestatem in anno 1621. fuit prouisum per verbum *Placet*; simplicitèr absq; alia protestatione, ne s. intelligeretur nouum ius quæsitum fratribus: Et ideò nullo modo dubitari posse dicebam, quin ex illa fuerit nouum ius quæsitum fratribus vterinis, vel consanguineis succedendi in feudis antiquis, non obstante clausula *Ex corpore*, prout iàm eadem S. Maiestas per illam cõsimilem gratiam declarauerat: In qua licet noluisset simplicitèr per verbum *Placet* concedere, sed cùm illa protestatione; motus deindè ex præcibus Fidelissimæ Ciuitatis, Baronagij, & Regni, & ob seruitia, quę quotidie erga S. Maiestatem effundebant, voluit illam simplicitèr, & absq; alia protestatione per verbum *Placet* concedere, vt post tot, tantasq; controuersias finem obtineret hæc quæstio.

Hæc causa, sicut etiam aliæ consimiles, non fuerunt per sententiam determinatæ, cùm non videretur expediens illas per sententiam decidere, sed cùm esset dubia quæstio: fuerunt omnes transactione finitæ, prout fuit practicatū in ista Ducis Ebuli, & in alia Marchionis Gruptularum, in qua etiam ego interueni.

SVMMARIVM.

1 F*Actis subhastationibus cum illis verbis*, quod plus offerenti dabitur, *si quis offert in iudicio obligatur ex sua oblatione, & perfectus dicitur contractus.*

.. Adeò vt non ampliùs sit locus pænitentiæ.

.. Neq; tùnc vitiatur contractus propter temporis interuallum inter præconem, & stipulatorem.

2 *In contractibus, qui fiunt cum persona incerta, statim quod primus offert, videtur contraxisse mediante præcone.*

3 *Offerens in iudicio subhastationis potest cogi ad emendum, nec amplius pænitere poterit.*

.. Suf-

..*Sufficit enim, vt post præconium vadat ad locum subhastationis, & offerat notario ad hoc deputato, etiã non præsente Iudice.*

4 *Primus offerens cuius oblatio fuit in iudicio acceptata, in tantùm obligatur, vt neq; per secundum plus offerentem dicitur liberatus.*

..*Nisi secũda oblatio similitèr fuisset acceptata.*

5 *Plus offerre non solùm consistit in quantitate, sed etiam in qualitate.*

..*Ideò requiritur, quod sit æque idoneus, vtilis, & facilis ad conueniendum.*

6 *Offerens subhasta obligatur, ne illudi videatur Præfecti dignitas.*

7 *Beneficiatus qui licentiam obtinuit renunciandi alteri beneficium, non potest amplius pænitere.*

..*Ne illudi quodamodo videatur superioris authoritas.*

..*Hodie tamen ex stilo Cancellariæ in inferioribus beneficijs seruatur.*

8 *Reuocatio venditionis feudi vigore* Cõstitutionis Diuæ Memoriæ *post porrectas Suæ Maiestati preces non admittitur.*

..*Nàm aliàs illuderetur Principis authoritas.*

9 *Reuocatio venditionis feudi subhasta inita fieri non potest, adhùc non impetrato assensu.*

..*Quia Iudex vendit, qui vice Regis fungitur.*

..*Et ne ludibrio sit authoritas Magni Prætoris; qui in Regno est Sac. Cons.*

10 *Reuocatio ex parte offerentis, neq; admittitur post acceptatam oblationem in iudicio, ne ludibrio sit authoritas Iudicis, & hastæ Fiscalis.*

..*Sua enim oblatio fecit, quod id, quod à principio erat voluntarium, effectũ fit ex post facto necessarium, ex obligatione in iudicio contracta.*

11 *Assensus requiritur, etiam in venditione subhasta, non enim sufficit hasta pro assensu.*

12 *Rex in Regno repræsentatur per S. C.*

13 Consil. Reg. Rouiti, & Consil. de Leonardis 69. & 70. lib 1. *declarantur.*

..*Loquuntur enim in venditione licet facta subhasta, non tamen instantibus creditoribus, quæ ideò non necessaria sed voluntaria iudicatur.*

..*Cùm Iudex non interueniat ex necessitate, sed tantùm ad authorizandam venditionem.*

14 *Offerens in iudicio in subhastatione, dicitur contrahere, non quasi contrahere.*

..*Vndè non datur locus pænitentiæ.*

15 *Procurator id, quod facit præcedente mandato, videtur facere dominus.*

16 *Procurator reuocatus re integra non potest dominum offerendo obligare, sed ipse suo nomine tenetur.*

17 *Procuratoris reuocatio valida est, non obstante pacto reuocandi, etiam cum iuramento.*

..*Contradicit enim naturæ, & substantiæ contractus procurationis, qui reuocabilis est.*

18 *Reuocatio procuratoris non iuuat re non integra, & post quæsitum ius creditoribus.*

19 *In oblationibus inoleuit practica, apponendi tempus præfixum infrà quod esset duratura, ne perpetuò maneant offerentes obstricti.*

20 *Cauthela insolita, suspicionem inducit, & potiùs nocumentum præstat.*

21 *Qualibet reuocationis scientia non sufficit ad impediendum actum per procuratorem explicandum vigore mandati.*

..*Sed necessariò requiritur intimatio.*

..*Aliàs eius gesta valent donec ei notificata fuerit reuocatio.*

22 *Reuocatione non intimata censetur dominus in eadem persistere voluntate.*

..*Nàm si voluisset eum omninò pro reuocato, illam notificari curasset.*

23 *Reuocatio procuratoris iudicialis, vel extraiudicialis, non valet, nisi procuratori fuerit intimata.*

..*Quia*

.. *Quia requiritur scientia formalis, & sic per intimationem.*

24 *Intimatio reuocationis tùnc maximè requiritur, quando interest procuratoris, quod gesta per eum post reuocationem teneant.*

25 *Gesta per procuratorem licet reuocatum tenent, ante certificationem reuocationis.*

.. *Etiam in fauorem reuocantis.*

26 *Cautbela est, vt reuocatio nedùm notificetur procuratori, sed etiam personæ, cum qua erat contracturus.*

27 *Mandatum speciale requiritur in reuocatione.*

28 *Per mandatum generale, etiam cum cum libera, &c. Non reuocatur mãdatum speciale factũ posteà; quia nõ præsumitur mãdans de illo cogitasse.*

29 *Procurator cum libera æquiparatur procuratori speciali.*

30 *Procurator generalis, etiam cum libera non potest mutare ea, quæ specialitèr facta sunt per ipsum principalem.*

31 *Mandatum speciale requiritur in his, quæ animi declarationem concernunt.*

32 *Reuocatio non admittitur post acceptatam oblationem per creditores, & Iudicem.*

.. *Quia idem dicitur perfectus contractus, sub conditione tamen, si in actu accensionis candelæ remanserit vltimus licitator, & plus offerens.*

33 *Tempus in oblationibus apponi solitum, intrà quod est duratura oblatio, iuuat antequàm illa fuerit acceptata: ne perpetuò offerens remaneat obligatus.*

.. *Non autem post acceptationem, quia tùnc præfixio temporis nihil iuuat, nec est locus ampliùs pœnitentiæ.*

.. *Parùm enim officit, quod non fuerit statim deuentum ad actum attensionis candelæ.*

.. *Nàm sufficit, quod oblatio fuerit acceptata.*

ARGVMENTVM.

Licitatorem offerentem statim obligari, nec post oblationem acceptatam esse locum pænitentiæ; licet adsit in oblatione tempus præfixum infrà quod erit duratura oblatio.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXI.

1 Bartolus in l. licitatio in principio, ff. de publican. & vectigal. & meliùs in l. si tempora, num. 3. versic. quaro, C. de fide instrum. & iure hastæ fiscal. lib. 10. docet quod factis subhastationibus, cum illis verbis: *Quod plus offerenti dabitur* (prout semper in huiusmodi subhastationibus seruari consueuit, vt dicit *Muscatell. in praxi S.C. par. 3. §. venduntur nu. 91.*) Si quis vadit, & offert in iudicio, obligatur ex sua oblatione, ità vt perfectus dicatur emptionis contractus; adeò vt non ampliùs locus sit pænitentiæ, *arg. text. in l. sicut, C. de action. & oblig. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced. l. ab emptione, ff. de pact. Afin. de exeq. §. 6. cap. 2.* quia illa verba *Plus offerenti dabitur* inducunt obligationem præcisam, *Amat. decis. Marthiæ 67. num. 1. & Castill. decis. 7. num. 9. versic. secundò*, & latissimè *Postius post hæc scripta* in lucem editus *in tract. de subhast. inspect. 34. num 1. & 26.* vbi innumeros allegat, & *nu. 33. cum seqq.* & ideò neq; vitiatur contractus propter interuallum temporis inter præconium, & stipulationem emptoris, ad

ris, ad notata *in l.1.§.1.ff. de verb. obligat.* & idem *Postius d. inspect.* 34. *num.*52.

2 Quoniam cũ simus in cõtractibus, qui fiunt cum persona incerta, statim quod primus offert, videtur contraxisse mediante præcone, & perficitur contractus, vt post eundem *Bart. & Castr. in d.l.licitatio, & Angel. in d.l. si tempora*, tradit *Iodocbus de subhastat. cap.*5.*num.*11.*&* 14.*Corn. in consil.*19, *num.*2.*&* 3.*vol.*4 *Bald. in l. fin. C. de cond ob causam*, optimè *Alexand. in consil.*114. *versic. quando fit proclama lib.*6. *Cumia super ritibus Regni Siciliæ cap.*17.*num.*125.*cum seqq.* adeò vt

3 offerens possit cogi ad emendum, nec ampliùs pœnitere poterit, vt post alios tradit optimè *Io de Platea in d. l. si tempora col.*2.*nu.*2.*versic. sed quæro*; latè *Niger de subhast. cap.*7.§.2 *per totum*, & latissimè *Postius d. inspect.*34. *à num* 41.*cum seqq.*

Sufficit enim, vt post præconium vadat ad locum subhastationis, & offerat notario ad hoc deputato, etiam non præsente Iudice, vt dixerunt *Cuman. in d.l. licitatio, Iodoch. vbi sup. nu.*17. *Bertacchin. de gabellis in 2 par. quæst.*10. optimè *Rebuff. in tract. de præconijs, art.*4.*glos. vnica num.* 34. *& Marin. Friccia lib.*2 *de subfeud. in* 44. *&* 45.*limitat. ad Constit. Constitutionem diuæ memoriæ*, *& Niger d. cap.*7. §.2.*num.*8.*&* 9.

Hinc dixerunt Doctores, quod in tantùm primus offerens, cuius obla-

4 tio fuit in iudicio acceptata, obligatur, vt neq; per secundum plus offerentem, censeatur liberatus, dixit idem *Bart. in d.l. licitatio, per tex. in l. Sabinus, ff. de in diem adiect.* nisi secunda oblatio similitèr fuisset acceptata; nàm cùm per primam oblationem fuerit ius quæsitum creditoribus, absq; facto eorum ab eis diuelli non poterit. *l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.* latè *Niger de subhastat. cap.*7. §.1.*per totum*, *&* §. 13. Cùm multa etiam requirantur, vt quis dici pos-

5 sit plus obtulisse: Non enim sufficit solumodò maius pretium; sed quod etiam sit idoneus, vtilis, & facilis ad conueniendum, vt elegantèr legitur *in l. eum qui emit, §. fin. ff. eod. tit. de in diem adiect.* idem *Niger d.§.*1.*num.*21. Ideò adhoc vt primus censeatur liberatus non sufficit secundus offerens, nisi secunda oblatio fuerit etiã acceptata, & offerens idoneus repertus, vt optimè considerauit *additio ad Alexand. in d. consil.*114. *lit. B.* vbi hoc esse de forma, & natura licitationis affirmat, sic etiam optimè distinguit *Castrensis in d.l. licitatio, & Niger vbi sup. num.*23. Alias enim facillimè inueniretur fraus, vt is qui plus iusto forsitàn licitasset, vel alio modo, vel causa pœnituisset; supponeret pauperem, qui plus offerendo eum liberaret, quod satis esset absurdum. *arg. l. cum his, §. si cum his, ff. de transact.* & tradidit eadem additio ad *Alexand.* & benè *Castr. in d.l. licitatio*, refert *Iodocbus de subhast. cap.*4. *à num.*8.*cum seq. & Boer. in dec.*247. *per totam*, vbi secundum distinctionem *Castr.* iudicatum esse asserit, sequitur *Pappon. lib.* 13. *tit.* 9. *arr. st.* 2. *per tot.* & latè *Caballin. milleloq.*819. & per eadem omninò verba refert *Rebuff. in d. tract. de præcon. & licitat. artic.*7.*glos. vnica, num.*22. idem *Cumia vbi supra nu.*121. *cum seq. & Niger d. cap.*7.§.1.*num.*29.

Prætereà si contrarium admictteremus, nonnè videretur contemni authoritas Iudicis, & Sacri Consilij, quod Præfecti Prætorio dignitate decoratur? Et Suam Catholicam Maiestatem repræsentat? Esset enim ludibrio, vt quis veniret ad Iudicem offerendo, & deindè liceret ad sui libitum post acceptaram oblationem ab illa recedere: Hæc igitur sola ratio, euitãdi scilicet Superioris illusionem tantæ est potentiæ, vt etiam si nõ esset ius quæsitum tertio: impedire valeret reuocationem.

Hinc dixerũt *Doctores*, quod postquam

quam beneficiatus petijt,& obtinuit licentiam renunciandi, vel cedendi alteri beneficium, non possit ampliùs
7 pœnitere, ne illudi quodammodo videatur Superioris authoritas, qui licentiam concessit ad textum expressum,& ad litteram *in cap quidam de renunciati*, ibi: *Ad eos cedendum decernimus compellendos*, vbi *Glos. in verb. compellendos, Abbas,& Butr. n. 5. Hostiens. Cardin. Io. Andr.* & reliqui, idem *Hostiens. in summa de renunc. §. quis renunciare, num. 6. versic. non potest, Petr. de Gregor. syntagm. iur. lib. 17. cap. 17. & lib. 52. cap. 14. num. 7. Mandos. in regul. Cancel. de impetr. resignat. quæst. 9 num. 4.* eadem *Glos. in cap. nisi in fine, vers. licentia*, & ibi *Cardin. eod. tit. de renunc. Rebuff. consil. 90. num. 12. vers. 18. Goffred. in summa de renunc. num. 15 in fine*, & post alios *Paris. de resign. benef. lib. 3. quæst. 18. à num. 48. & 52.* vbi communem esse conclusionem asserit, vt quamuis pœnitentia licita sit in pluribus casibus, vt habetur *in l. eos, ff. de falsis*; tamen non admictitur in his, quę Superioris pręsentiam exigunt post ipsius scientiã, nè eius illudatur authoritas; Et licet *num. 79. cum seqq.* hodie contrarium in inferioribus beneficijs ex stylo Cancellarię, attentis modernis regulis obseruari affirmet, tamen ius cõmune in contrarium esse, & in omnibus alijs, vt in Episcopatibus,& similibus seruari, latè defendit, hac sola illusionis ratione, *ex d. cap. quidam de renunc.* sequitur *Maiol. de irregular. lib. 3. cap. 6. num. 12.* post *Alberic. in diction. in verb. renunciatio 3. in fine per d. cap. quidam.*

8 Hinc etiam videmus non admicti reuocationem venditionis feudi vigore *Constitutionis*, *Constitutionem Diuæ memoriæ*, post porrectas Suæ Maiestati præces, vt ex multis decisum refert *Dom. de Ponte in decis. 6. à num. 3. cum seqq. per text. in cap. bonæ lo secundo de postulat. prælat.* in quo textu non alia ratione hoc decidi videtur, nisi quia si postulantes possent à postulatione recedere Principis authoritati frequenter illuderent, & illius iudicium ex eorum pendere arbitrio videretur, & ibi *Glos. in verb. illuderent*, cæteriq; *Canonistæ*, refert etiã *Muta super pragm. Regni Sicil. tom. 1. tit. 15. nu. 5. & 7.*

Cæterum, sicut non potest reuocari feudi venditio facta subhasta, ad instantiam debitoris, adhùc non im-
9 petrato Regis assensu vigore dictæ *Constitutionis diuæ memoriæ*, quam in hoc casu non habere locum, dixit *Friccia d. lib. 2. de subfeud. in 6. limit.* ex quo Iudex, qui Vice Regis fungitur alienat, præuio tamen assensu vel illo reseruato, & ideò consensus debitoris non requiritur, de quo latè etiam per *Dom. de Franch. in decis. 620. nu. 7. & Dom. de Ponte de potest. Proreg. in tit. de assensibus Regijs super dotibus, §. 1. num. 15. & 21.* vbi addit aliam ad propositum rationem ne ludibrio sit authoritas Iudicis, & Magni Prætoris per ea, quæ dixit idem *Friccia lib. 3. de subfeud. in diff. inter feud. ex pacto, & hæredit. quæst. 5. num. 3.* vbi ideò cessare reuocationem fatetur, & idem *de Ponte in d. decis. 6. nu. 6. & seq. & Muta vbi sup. num. 6.*

Eodem modo dicendum est, neq; dari posse reuocationem ex parte
10 offerentis post acceptatam oblationem in iudicio, ne ludibrio sit authoritas Iudicis,& Magni Prætoris, qui in Regno est Sac. Cons. vt dixit ibidem *Friccia*; præcipuè cum offerens in iudicio videatur contrahere cum Iudice, qui partium vice fungitur,& ideò nõ habent ampliùs disponendi facultatẽ; quia calore iudicij omnis partium facultas,& potestas fuit trãslata in Iudicem; Ideoq; deficiente potestate nõ potest ampliùs per partes fieri reuocatio: Post enim factam oblationem in iudicio tanta necessitas consideratur ratione iudicij in emptore, quanta in venditore; sua enim

enim oblatio fecit, quod idquod à principio erat voluntarium, effectum fit ex post facto necessarium ex obligatione quidem in iudicio contracta: Et ex his, & alijs multis, quę consulto prætermittuntur, in terminis non posse scilicet offerentem oblationem factam in iudicio de emendo rem feudalem, reuocare, neq; vigore *Constitutionis Regni*, *Constitutionem Diuæ memoriæ*, ob non impetratum assensum, nec dari pænitentiæ locum, dixit laté disputans ex professo idē *D. de Ponte* omninò videndus *in d. tract. de potest. Proreg. in tit. de refutat. feudor. §. 7. per totum*, & hanc etiam opinionem firmauit idem *in d. decis. 6. num. 14. cum seq.* & faciunt notata per *Fricciam in d. 45. limitat. ad Constitutionem*, vbi ponit quæstionem in terminis, & sic de facto accidisse in venditione Ciuitatis S. Angeli propé Sipontum testatur: Et licet ipse non decidat ibi quæstionem, quia partes ad concordiam deuenerunt, videtur tamen pro hac parte inclinare; dùm respōdet contrarijs in ipsamet *6. limitatione*; Quoniā licet requiratur assensus, etiam in venditione subhasta, (quod quidem hodie specialitèr per Regiā
11 Pragmaticam est prouisum) & ideò non videatur sufficere tantummodò hasta pro assensu. Nihilominus ipsemet *Friccia* respondet; non implicare esse necessarium assensum, & non posse reuocari venditionem: Etenim quotidie per Sacrum Cōsilium prouidetur, quod liberetur Terra præuio assensu, & interim consignetur tenuta; quia potest assensus subsequi, imò magis subtilitèr addit *de Ponte in d. decis. 6. num. 15.* quod quia videtur cum Rege contraxisse, qui
12 representatur per *Sacrum Consilium*, non indigeret alio assensu, *ad text. in cap. 1. extra de feudis*; sed quia idem Rex voluit, vt specificus deindè petatur, ideò in sententijs dicitur, quod liberentur feuda cum assensu impetrando; ità quod Rex vendit, & Rex contrahit; & Rex demandat assensus expeditionē, & ideò cassendū esse asserit à relatis à semetipso in *cons. 5. n. 88. vol. 1.* vbi contrariū pro cliente consuluit; quia perfunctoriè illud retulit, nec fuit articulus ibi disputatus; imò iudicatū contra consilium. Neq; quicquam in hoc obstare poterant *consilia Domini Reg. Rouiti*,
13 *& Domi Consil. de Leonardis 69. & 70. lib. 1.* nàm vterq; fundatur in eo quod venditio ibi non fuerat necessaria instantibus creditoribus; sed voluntaria ipso tantùm venditore procurante; quo casu licet venditio facta fuerit subhasta; tamen Iudex non interuenit ex necessitate, sed tantùm ad authorizandam venditionem, quæ hoc casu non dicitur necessaria, & propterea loquuntur extra terminos limitationis *Fricciæ*, & quęstionis. Neq; multum faciēdum de alia ratione allegata per *d. Consiliar. de Leonar. in d. cons. 70. n. 14.* inter consilia *Rouiti*; esse dicebā, nimirū quod in iudicio non contrahitur, sed quasi contrahitur; ideoq; sit locus pænitentiæ; Quoniā verū est, quod quando partes agunt in iudicio non dicitur con-
14 tractus, sed quasi contractus; attamen secus in nostro casu disputationis, quia est propriè contractus, nō quasi, non enim hic offerens agit, sed venit, & offert, & verè contrahit cum præcone, qui dixit vendere rem primò venienti, & plus offerenti; vndè est verè contractus, non quasi; ità vt non sit amplius locus pænitentiæ ex dictis per *Bartol. & alios in d. l. licitatio, & d. l. si tempora.*
Hæc omnia allegabam pro creditoribus Principis Asculi, contra 8
Principem Melphiæ Io. Andream ab Auria: Exposita enim venali Ciuitate Asculi mediantibus decretis S.C. ad instantiam creditorum Principis, ac factis banimentis; & subhastationibus consuetis; fuerat per Mutium de Contrijs facta oblatio

in S.C.

in Sac.Conf. duratura per duos mẽses duc.125.mil. aucta deindè in duc. 135.mil.pro persona nominanda;super qua fuerat per Sac.Conf. prouisum,quod accenderetur candela, & assignata dies : Dilatata deindè ob varias partium dilationes accensione ; ad maiorem cauthelam fuit per eundem Mutium prorogata oblatio per alios sex menses cum eisdem conditionibus.

Interim per Hieronymum Mele assertum Procuratorẽ Principis Melphię Io.Andreæ ab Auria,fuerat reuocatum mandatum , quod præsupponebatur factum præfato Mutio de offerendo prædictam quantitatẽ pro emptione dictę Ciuitatis nomine ipsius Principis Melphię,etiam vigore *Constitutionis, Constitut. diuæ memoriæ*, illamq;reuocationem notificari fecerat Mutio eadem die qua fuerat facta prorogatio,de sero tamen, ac post factam prorogationem, vt ipsemet Mutius replicauerat.

Instantibus autem creditoribus Principis Asculi,quibus iàm dudum per oblationem fuerat ius quesitum: fuerat iterum prouisum, quod accẽderetur candela, & de prætensis per Principem Melphiæ haberetur ratio viso exitu accensionis , ac facta nominatione per Mutium . Qua demùm accensa , & extincta remansit Ciuitas Asculi eidem Mutio pro dictis duc. 135.mil. pecunia præsenti pro persona nominanda; Qui statim nominauit ipsum Principẽ Melphiæ vigore mandati , & Albarani in eius posse existẽtis,ac præsentati,ac proindè instabant creditores , vt Princeps nominatus adimpleret faciendo depositum duc.135.mil.

Etenim ex his omnibus superius adductis satis constabat offerentem in iudicio obligari, itàvt non amplius locus esse posset pænitentiæ, nec reuocationi , etiam vigore *Constitutionis Regni* , & quamuis non ipse Princeps obtulerit,sed Mutius eius nomine,idem erat,ac si ipse obtulisset,cum nõ minùs quis per se ipsum, quàm per Procuratorem pręsertim specialem obligari possit , & quod facit Procurator præcedente
15 mandato, videtur facere Dominus,
Paris. consi.47. num.26. & consil.43. col.4.lib.1.& paria sunt facere per se, vel per alium pręcedente mandato, idem *Paris.in l.1.§.nunciatio,num.56. de oper.nou.nunciat. Curt.iun.in l.2.§. siprocurator,num.4. ff quod quisq;iur. Alexand.in l.1.num.23.ff.de verb.obligat.* & optimè *Paris. de resignat.benefi. lib 9.quæst.16.num.3.& 4.*

Nec obstabat illud , quod ex aduerso opponebatur , hoc nimirùm bene procedere, quotiescumq;mandatum factum per Principem Mutio de offerendo non fuisset reuocatum re integra,ante actum accensionis candelę,tunc.n.stante reuocatione, etiam vigore *Constitutionis diuæ memoriæ* , non poterat Mutius offe-
16 rendo,Principem obligare , sed ipse
suo nomine tenebatur , *ad text.in l.si cum veniente,C.vbi causę fiscal. & ibi Castr.* & quamuis in prædicto mandato promitteretur per biennium continuum non reuocari; parùm tamen prodesse dicebatur , cùm non obstante pacto non reuocandi , valida omninò iudicanda esset reuocatio : de natura enim , & substantia
17 procurationis est, vt possit reuocari,
alias esset contra substantiam contractus,adeo vt etiam cum iuramento non valeret,vt docet *Glos.magistra in cap fin.de procurat.in 6.*& dixit notabilitèr *Bart* post illam *in l. cum præcario,ff.de præcario*, optimè *Dec.in consil.265.in secundo dubio*, & idem *Felin. in cap ex parte d ant il terzo de rescriptis num.12 Flam.Paris de resign.benef. quæst.31. num.2. lib.9.* & alios tradit *Agost. Barbos. Episcopus Vgentinus in collect. ad d. cap fin.de procur.in 6.num.9.*

Nã ad hæc d i facillimè adaptabatur responsio,& præcipuè quia re-

uocatio, quæ præsupponebatur fa-
18 cta, non fuerat re integra, sed post quæsitum ius creditoribus per oblationem factam per Mutium vigore prædicti mandati, & per S.C. acceptatam, vt tradit optimè *Roman. in consil.253. num.5.in fine, per textum in l.si quis prohibuerit, ff.de publican. & l.si pecuniam, §.item si quis dederit, ff.de cond.ob causam*, sequitur *Felin.in d.cap.ex parte sub n.26. versic.adde de rescript.* Statimatq; enim fit oblatio in iudicio quæritur ius creditoribus, itàvt non possit amplius re-
19 uocari vt diximus, & ideò inoleuit practica, quod in oblationibus ponatur tempus prefixum infrà quod vult offerens, quod duret oblatio, vt refert idem *de Ponte in d.§.7. num.4. versic.ex his*, ne perpetuò remaneant offerentes obligati. Propterea cùm Mutius vigore potestatis sibi attributæ in prædicto mandato prorogauerit oblationem per aliud semestre, ante prætensam reuocationem mandati, statim ius acquisitum fuit creditoribus per aliud semestre, ità vt reuocatio superueniens nihil illis obesse potuerit, per *text.* ad litteram qui videbatur decidere, quæstionem *in l.si mandassem 15. ff.mandati*, vbi ità *Paulus* respondit: *Si mandassem tibi vt fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui mandatum suscepit*: Propterea cùm prætensa reuocatio (quatenùs ritè processisset, quod negabamus) fuisset notificata Mutio post factam oblationis prorogationem, & sic post ius quæsitum creditoribus, nulla debebat haberi ratio de prætensa reuocatione, quę re non integra intercessit, concordat *clem. vnica de renunc. & d.cap.ex parte de rescriptis, Stephan. Gratian.discept.forens.cap.18. num.37. & cap.191.num.vlt.* & idem *Paris.de resign.lib.9 quæst.25.num.11.*

Cũ parùm etiã officere videretur illud, quod replicabatur, nempè ad notitiam Mutij peruenisse reuocationem mandati ante factam prorogationem, quod nitebatur pars ex aduerso probare, ex quo ipsemet
20 Mutius in prorogatione apponendã curauerat horam prorogationis, nempè de mane; quasi ex hac cauthela insolita, colligeretur scientia, forè illi forsan notificandam reuocationem, ideoq; callidè hoc egisse.

Quoniam, non per hoc, quod Mutius in prorogatione apponi curauerat tempus præsentatæ, necessariò sequebatur, quod sciuerit fore illi notificandam mandati reuocationem, & quod proindè callidè hoc fecerit; cùm multoties hæc cauthela practicari videatur in præsentatione scripturarum, ne disputari contingat de temporis prioritate; Verùm ex fide Actuarij constabat, illam horæ appositionem non fuisse scriptam tempore quo fuit facta prorogatio; quo casu potuisset aliquo modo pręsumi scientia reuocationis; sed postquam fuerat eidem intimata reuocatio, imò die sequenti; & ideò illud egit Mutius ne deindè dubitari potuisset de tẽpore prorogationis, proptereà requisiuit Actuariũ, vt adnotaret horam prorogationis, quæ fuerat facta de manè, quamobrem malè colligi poterat hęc præsumptio sciẽtiæ reuocationis sequendæ.

Sed quicquid sit, certum esse dicebam, non quamlibet reuocationis scientiam sufficere ad impediendum
21 actum per Procuratorem explicandum vigore mandati, sed necessariũ esse, vt reuocatio Procuratori fuisset notificata, vt habetur per *Glos.* per illum *textum in clem.vnica de renunc. in verb.teneat, versic.si verò, & in verb.facienda in fine, & in verb.deducta, & in verb.peruenisse*, vbi asserit in huiusmodi intimatione, seruandam esse formam traditam in *clem.causã de elect.* vbi eadem *Glos.* notauit *in verb.*

verb. in alijs, sequitur *Cardin. Zabarel. & Bonifac. de vitalian. in d. clem. vnica*, tradit *Rebuff. in praxi benefic. in tit. de reuocat. procur. ad resignat. nu. 2. & 3. fol. mihi 324. & idem in cons. 90. num 13. versic. tertia*, *Ferrets. cons. 93. num. 3. Cassador. decis. 2. de appellat. num. 13. & 14. Barbat. consil. 48. nu. 5. & per totum*, & alios refert *Decian. in consil. 69. nu. 18. vol. 5.* vbi ait, quod quilibet actus reuocationis debet notificari ei, in cuius damnum fit reuocatio, vt in procuratore, nàm donec fuerit ei facta intimatio de reuocatione, eius gesta valent, & allegat *Calderin. Felin. & Decium in cons. 39. n. 1.* & esse communẽ, & ab omnibus receptã, & practicatã opinionẽ asserit, *Paris. de resignat. benefic. lib. 9. q. 25. num. 29.* vbi in terminis fatetur, non sufficere quod procurator sciuerit reuocationem ad finem, vt nequeat vlterius procedere, sed esse necessariam intimationem affirmat, & decisum refert per *Rotam in vna Segob. Be-si die 27. Maij, & 7. Iunij coram Vestano in anno* 1552. teste *Caputaquẽs. in decis. 224. par.* 1. Hinc dixit *Bald. in l. vnica num. 6. C. de satisdando*, reuocationem non intimatam, quid imperfectum præsè ferre, ex quo, quantum ad procuratorem non intimatum, censetur Dominus in ea-
22 dem voluntate permanere, cum si voluisset eum omninò pro reuocato, illũ notificari curasset, *arg. l. vnica, §. sin autem, C. de caduc. toll.* & q debeat intimari reuocatio, tradit optimè *Bart.* videndus *in l. 1. ff. quod iussu, versic. aut quis*, vbi ait, quod si quis misit procuratorem, vt per ipsum possit obligari, tùnc si reuocat illum, est necessaria certioratio, & allegat *tex. in d. l. si mandassem 15. ff. mandat.* & videtur etiam sentire *Bald. in d. l. vnica nu. 12. versic. octauo quero*, dùm se remictit, ad notata *in d. l. 1. ff. quod iussu*, sequitur *Felin. in d. cap. ex parte decani de rescriptis, num. 7. in secunda*
23 *regula*; vbi tenet quod reuocatio procuratoris iudicialis, vel extraiudicialis non valet, si procuratori non fuerit intimata, *& num. 18. versic. fallit tertio*, sequitur *Costa de scient. & ignor. cent. 2. distinct. 24. num. 2. & 8.* vbi ait requiri scientiam formalem, & sic per intimationem, & facit *Misinger. cent. 5. obseruat. 44.*

Quod quidem absq; dubio procedere dicebam, quando interest pro-
24 curatori, quod gesta post reuocationem teneant, vt in casu *d. l. si mandassem*, nè aliàs ipse teneatur, & ideò requiritur certioratio reuocationis, aliàs poterit agi contra mandantem ad pretium, & interesse secundum *Petrum*, quam refert *Signorol. de Homodeis in suo calebri cons. 59. col. 1. vers. sed fallit*, & latiùs ipsemet distinguit *col. 2. versic. secundo casu*, & propriè *col. 3. versic. tertio casu*, quod adeò verum est, vt dixerit *Abbas in d. cap. ex parte num. 7.* per illum *text. cum Glos.*
25 valere gesta per procuratorem reuocatum, ante certificationem reuocationis, etiam in fauorem reuocantis, vt refert, nonnulla alia ad hoc congerens *Monter. decis. Aragon. 43. per totum*, licet in eo casu contrarium decisum affirmet: Ideò *Bertazzol. de claus. instrument. claus. 5. glos. 7. nu. 3. versic. & propterea*, dat cauthelam, vt quando quis reuocat mandatum procuratori factum ad contrahendũ cum certa persona, nedùm procura-
26 tori illam notificari faciat, sed etiam illi personæ: quod voluit quoq; *Sesse decis. 81. num. 5. & per tot.*

Idcircò, cùm non fuerit illa prætensa reuocatio, intimata Mutio ante prorogationem per quam fuerat ius quæsitum creditoribus, non poterat illis præiudicium aliquod inferri. Præcipuè cùm minimè constaret Mutio, reuocationem prædictam fuisse de mandato, & voluntate ipsius Principis, quia non fuerat illa reuocatio facta per ipsum Principẽ, sed per Hieronymum Mele eius assertum Procuratorem, de cuius mã-

dato, & authoritate non constabat, & tamen requirebatur speciale man-
27 datum ad reuocandum, vt dicit *Anna in repetit. Constit. Constitutionem diuæ memoriæ nu.275.* & optimè *Paris. videndus de resignat. benefic. lib.9. quæst.26. num.21.*

Et quamuis deindè fuerit productum instrumentum procurationis in personam Hieronymi, cùm mandato generali, & cum libera, etiam in his, in quibus requireretur speciale mãdatum. Nihilominùs parùm obstare dicebam: Illud enim mandatum generale cum libera, &c. Bené fuisset sufficiens, si fuisset post mandatum speciale factum Mutio de offerendo; tùnc enim per mandatum generale cum clausulis prędictis posset pręsumi, cogitasse mandantem de hac reuocatione facienda, & ideò sufficeret; sed quando mandatum generale
28 fuit factum ante mandatum speciale, prout erat in casu contingenti, in quo mandatum hoc cum libera fuerat factum Hieronymo per annum ante mandatum factum Mutio de offerendo; nullo modo, præsumi poterat, voluisse, siuè cogitasse mãdantem de huiusmodi reuocatione procurationis, quæ non dùm erat in esse deducta, nec in rerum natura, & fortè, neq; de illa cogitauerat.

Idcircò benè poterant applicari, quæ dicunt *Doct. in l. si hominem, ff. mandati*, quod procurator cum libe-
29 ra (qui ęquiparatur procuratori speciali, vt in *l. mandato, vbi Glos. & Bart. ff. de procurat. & Alexand. in consil.24.*
30 *n.2. vol.2.*) nō potest mutare ea, quę posteà facta sunt specialitèr per ipsū Dominum, *Bart. in l. ambitiosa de decret. ab ordine faciend.* optimè *Riminald sen. consil.948. nu.17. vsq; ad 24. lib.2. & Gratian. disc. for. c.224. nu.41.*
31 Prætereà si in his, quæ concernūt declarationem animi, requiritur speciale mãdatū, vt per *Bar. in l. inter stipulantem, §.1. ff. de verb. obligat. Tiraq. de retract. conuent. §.1. glos.10. nu.94. & Gratian. cap.442. num.18. & seq.* quomodo potuit declarare animum Principis, Hieronymus Procurator constitutus antequam dominus de illo actu faciendo pænitùs cogitasset? Neq; poterat aliquo modo officere, ratificatio reuocationis subsequuta per ipsū Principem, quia non fuit re integra, nec re in eodem statu permanente, sed post quæsitum ius creditoribus, vt docet *Bart. in L. si vxor, §. si quis vxorem, ff. de adulter. Bald. & Salicet. in l. fin. C. ad Maced. Alexand. consil.78. col. penult. lib.5. & in l. id quod meo in princip. col.2. ff. de acquir. poss.*

Pręcipuè cum re vera nequiuerat Princeps procurationem ad offerendum reuocare infrà biennium, quia non fuerat simplex constitutio procuratoris, cuius natura est reuocabilis *d. cap. fin. de procur. in 6.* sed fuerat conuentio, & contractus correspectiuus, & ideò pars illius; nàm vt cōstabat ex Albarano pręsentato, in tātū Princeps Cōchę vendiderat dicto Principi Melphię Terras Mignani, & Caianelli, & vt ex ptio ipse Princeps Melphiæ sibi satisfaceret de eius credito non parùm litigioso, & illiquido, in quantum ipse Princeps Melphiæ promiserat emere Ciuitatem Asculi pro prædicto pretio ducat. 135. mil. ad finem, vt ipse Princeps Conchæ qui erat creditor Principis Asculi, in maxima pecuniarum quantitate posset sibi etiam satisfieri, & ipse Princeps Melphię in eo pretio excōputaret suum creditū, & restitueret Terras Mignani, & Caianelli ipsi Principi Cōchę; Et ob hanc causā conuenerunt, vt mandatum ad offerendū fieret per Principē Melphiæ in persona Mutij de Correrijs, qui erat procurator Principis Conchæ, ad finem, vt non posset illum reuocare, & propterea benè se gesserat Mutius in prorogatione facienda, etiā quod forsitàn notitiam habuisset de reuocatione.

Cæte-

Cæterum hæc quæstio, an deberet intimari reuocatio, nec ne; potuisset disputari, quando fuisset facta oblatio in iudicio simplicitèr duratura per aliquod tempus, nec tamen fuisset oblatio acceptata per Iudicem, tùnc enim posset quæri, an reuocatio rectè procederet, ante vel post prorogationem: At quãdo oblatio ante
32 lapsum temporis in ea appositi, fuit in iudicio tàm per creditores, quorum intererat, quàm per Iudicem acceptata; & prouisũ quod super ea accenderetur candela, nõ videbatur tùnc ampliùs disputandum, an reuocatio fuerit ritè facta, ante vel post prorogationem: quia hoc casu, neq; prorogatio erat necessaria, & fuit facta ad maiorem cauthelæ cumulum, sufficiebat.n.quod fuisset oblatio acceptata, vt nõ ampliùs potuisset fieri reuocatio cum res non fuerit ampliùs integra vt diximus. Prorogatio enim tùnc fuisset necessaria, quando oblatio non fuisset acceptata, & elapsum tempus, sed quando fuit acceptata, iã contractus dicebatur perfectus conditionalitèr tamen, scilicet si in actu accensionis candelæ, remaneret vltimus licitator, & plus offerens.

Tempus autem, quod consueuit apponi in oblationibus, iuuat antequam fuerit acceptata oblatio, ne
33 perpetuò remaneat obligatus, cùm vt superiùs diximus statim quo quis offert in iudicio remaneat ex sua oblatione obstrictus, ne igitur remaneat ità perpetuò obnoxius, apponitur tempus infrà quod vult sua oblatione adstringi, non enim esset iustũ, vt offerens semper remaneret huic nexui alligatus, & esset in libertate Iudicis, & creditorũ admictere eius oblationem; sed quando eius oblatio infrà tempus in ea appositum, fuit tàm per creditores, quàm per Iudicem acceptata, & assignata dies accensionis candelæ, non datur locus ampliùs pænitentiæ, quia tùnc certus est offerens de voluntate Iudicis, & creditorũ, qui eo casu obligati sunt vendere, & ipse offerens certus iàm est de emptione, nisi tamen deindè in actu licitationis victus fuerit, quo casu sibi non alio debet imputari, qui se superari passus est, cum obligatio Iudicis fuerit vendere, & tradere plus offerenti secundum *Bar. in d.l. licitatio,* refert *Cumia super ritibus d.cap.17.nu.132. & seq.* & post alios, *Castill.d.decis.7.num.* 10. & ideò dixit in puncto *de Ponte de potestat.Proreg.d.§.7.num.4. circa fin. versic. nec facit,* quod parùm officit, quod non fuerit subito deuentum ad subhastationem, & actum accensionis candelæ, nàm sufficit, quod oblatio fuerit acceptata, & licet hoc casu videatur cessare illa ratio illusionis hastæ fiscalis, non tamen, inquit, cessant aliæ, illusionis Magni Prætoris, & cæterę superiùs adductę, præcipuè cum ex multis impedimẽtis passim accensio candelæ dilatari consueuit.

Ex quibus omnibus dicebam omninò esse obligatum Principem Melphiæ actione mandari; ad faciendum depositum seruata forma oblationis factę per Mutium vigore procurationis in eius personã cõstitutę.

Die 23. Iunij 1632.

Facto verbo Iunctis Aulis in S.C. per Dominum Didacum Bernardũ Zophia tùnc Regium Cõnsiliariũm, & causæ Commissarium, deindè Regiam Cancellariam Regentem, & Decanum meritissimum, nùnc autem Sacri Regij Consilij Præsidem oculatissimum; fuit decisum; quod Illust. Princeps Melphiæ infrà tres menses, precisè, & peremptoriè faceret depositum duc. 125. mil. vel se concordaret cum creditoribus Principis Asculi in Banca de Strina pro Longo, sed fuit dictum de nullitate; quæ non fuerunt ampliùs decisæ ob varia impedimenta.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Venditor censetur rem vendere liberam ab oneribus, & seruitutibus.*

.. Idq; legis præsumptione ità iudicatur.

.. Sin autem obnoxia res vendita inueniatur, agere poterit emptor, actione ex empto, quantò minoris emisset.

2 *Venditor distrahens rem pro franca, & libera, quia tùnc tenetur asseuerata facere vera, si deindè obligata reperiatur, tenebitur si scientèr id dixerit ad totale interesse.*

.. Si verò ignorantèr actione quantò minoris.

.. At si emptor sciens rem onere affectam emerit, non ei succurrendum erit.

3 *Scienti, & consentienti nulla fit iniuria.*

4 *Scientia in emptore non præsumitur, sed debet probari.*

5 *Venditor præsumitur probè scire qualitatem rei suæ.*

.. Præcipuè cum longo tempore in eius patrimonio fuerit.

6 *Exclusio vnius, dicitur inclusio alterius.*

7 *Vendito feudo cum finibus, & pertinentijs, omnia cum ipso feudo vendita censentur.*

8 *Dictio omnis, est vniuersalis, & nihil excludit.*

9 *Bona feudo vnita, sub venditione illius comprehensa videntur.*

10 *Ex actibus subsequentibus argumentatur qualis fuerit contrahentium mens, & voluntas.*

11 *Traditio intelligitur facta ex titulo præambulo.*

12 *In contractu oneroso, venit omne id, quod intrà fines feudi continetur, & quod emptor venire credebat.*

13 *Venditor, licet non exprimat qualitatem bonorum, non tamen excusabitur.*

.. Quia tenetur clarè specificare res, pro quibus soluitur canon, seù census.

14 *Baro Baroniam vendens, nec exprimens partem illius separasse, tenetur quantò minoris.*

15 *Venditor non certiorando emptorem de qualitate rei venditæ dicitur in culpa, & tenetur ad totale interesse, si illam vendidit pro franca, & libera.*

16 *Mendacium dicens non caret culpa, stante præcipuè præsumpta ignorantia emptoris.*

17 *Interpretatio debet fieri contra venditorem, qui poterat apertiùs loqui.*

18 *Euictio dicitur quando res empta amittitur, vel abducitur per sententiam.*

19 *Venditor, quamuis dicat nolle teneri de euictione, tenetur, tamen actione quantò minoris, ex empto.*

20 *Pactum ne quis de euictione teneatur, non prodest ei, qui sciuit causam ex qua res euinci poterat, & tacuit.*

21 *Pactum huiusmodi in hoc tantummodò iuuabit, ne teneatur ex empto ad totum id, quod emptoris interest; non autem quantò minoris.*

22 *Bonæ fidei contractus non hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amittat, & pretium venditor retineat.*

.. Nisi fortè emptor ità reciperet.

23 *Venditor qui tacuit alia onera, vel rē francam esse asseuerauit, licet deindè generaliter dixerit nolle teneri, si qua alia onera præstare oporteret, tenebitur tamen ex empto.*

.. Non obstante illa generali reseruatione.

.. Nedùm quantò minoris, sed insolidum ad totale interesse.

.. Quasi decepisset emptorem obscure loquendo cū poterat apertiùs loqui.

24 *Dolosè videtur facere, qui potuit specificare, & non specificauit.*

25 *Venditor per verba clara, & non obscura admonere debet emptorem de omnibus qualitatibus rei emendæ.*

26 *Dolus commissus in tacendo præponderat culpæ in non inuestigando.*

27 *Ver-*

27 *Verba in venditione apposita talia, qualia, quando possunt aliam recipere interpretationem, debent interpretari contra venditorem.*
28 *Contradictio in eodem instrumento non est præsumenda.*
29 *Scientia, vel ignorantia venditoris parùm iuuat, nè emptor actione quantò minoris agere possit.*
..Nihil enim interest emptoris, an fallatur ignorantia venditoris, vel calliditate.
..Venditoris enim ignorantia non minuit damnum emptoris.
..Ideò non facit cessare actionem, quæ oritur propter damnum.
30 *Venditor si sciens vendidit tenetur ad totale interesse.*
..Si verò ignorans tenetur solùm actione quantò minoris res illa valeret.
..Nisi etiam emptor non ignoraret, quia tùnc ei non succurritur.
31 *Causa edicti quantò minoris fuit, vt fallacijs vendentium occurratur, & emptoribus succurratur.*
32 *Iusta ignorantia quamuis posset aliquam excusationem venditori præstare nè teneatur, non releuat tamen, si asseueret rem illam esse liberam.*
..Quia non tàm facilè debuit, quod ignorabat asseuerare.
..Ideò hoc casu tenebitur ad totale inter esse.
33 *Venditor non cogitur asseuerare rem esse liberam, si ignorabat talem esse.*
..Vndè ex mendacio tenebitur, etiã si expressè noluisset teneri de euictione.

ARGVMENTVM.

Actione quantò minoris teneri venditorem, si rem vti liberam vendiderit, & illa obnoxia deindè reperiatur: quinimò ad totale interesse, si sciens oneri subiectam, pro franca distraxerit, quàmuis ad nil aliud teneri conuenerit; quasi decepisset emptorem.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXII.



1 Ertum quidem est in omnibus contractibus bonæ fidei onerosis, venditorem alicuius rei, eam liberam ab oneribus, & seruitutibus vendere censeri, idq; legis præsumptione iudicari, vt notat optimè *Glos. in l. ex ijs, C. de euiction. arg. l. in vẽditione 42. ff. de action. empt. eadem Glos. in l. cum venderes de contrab. empt.* & facit *text. in l. penult. de euiction.* & latè *Mangil.* post hæc scripta in lucem editus in *tract. de euict. q. 23. num. 13. cum seq.* quod si secùs inueniatur, agere poterit emptor, non quidem de euictione, vt decernitur in *l. qui rem 3. C. de euiction.* sed ex empto, quantò scilicet minoris emptor ipse fuisset empturus si sciuisset, *l. quoties, ff. de ædilit. edict.* tradunt *Cin. Bald. & Salic. in d. l. ex ijs prædijs*, & optimè *Bart. in l. cum stipulatus sum mihi à proculo, §. fin. de verb. obligat.*

2 Quando tamen venditor rem vendidit pro franca, & libera, & absq; aliquo onere, vel seruitute, tũc quia tenetur asseuerata facere vera; si deindè obnoxia reperiatur ipsa res, tenebitur venditor si id scientèr fecerit ad totale interesse, sin verò ignorantèr quantò minoris emptor emisset,

set, *l. si quid, & l. sciendum, ff. eod. tit. de ædilit. edicto*, optimus *text. in l. ea quæ commendandi, §. fin. ff. de contrah. empt.* secundum distinctionem *Cini, Bal. Io. Fabr. & Salicet in l. 1. in prin. C. de ædilitijs actionibus*, sequitur *Abb. in cap. iniustum num. 6. de rer. permut. Caball. in tract. de ædil. edict. cap. 1. nu. 17. & seqq.* optimè *Surd.* videndus *in decis. 165. num. 11. Bertazzol. de claus. instrum. claus. 24. glos. 1. num. 1. & 4. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 1. tit. 27. num. 25. Greg. Lopez in l. 65. in verb. tributaria tit. 5. partit. 5.* & nouissimè *Mangil. d. quæst. 23. nu. 23. & quæst. 24. num. 3.*

Hoc tamen benè procedit si emptor ignorauit, aliàs si sciens rem onere affectam emisset, non ei hac
3 actione succurrendum erit; scienti enim, & consentienti, nulla fit iniuria, *l. 1. §. si intelligitur, & l. quæritur, §. si nominatim, ff. de ædil. edict.* & melior *text. in l. 1. §. venditor in fine, ff. de act. empt.* idem *Mangil. d. quæst. 23. nu. 39. & quæst. 24. num. 7. & 8.* quæ tamen scientia in emptore non præsumitur,
4 sed debet probari, vt optimè animaduertit doctissimus *Ant. Gomez tom. 2. var. cap. 2. num. 12. Perez. in l. 5. ordinat. tit. 7. l. 2. fol. 290. col. 1. versic. quo fit*, & ante eos noster *Andreas ab Isernia in Constitut. Regni Scientiam in fine, versic. nisi alius*; tradit etiam *Lanar. in consil. 73. num. 22. & seq.* & idem *in consil. 48. num. 2. & seq.* refert *Costa de scient. & ignor. inspect. 90 & in responso sequenti num. 1. & per totum, & Mangil. d. quæst. 24. nu. 14.*

De his fuit latè disputatum in Regia Camera in Banca de Aurilia inter Innocentium Paulucium, & hæredes, & creditores quond. Francisci de Angelis de sedili Portus, & Regium Fiscum. Cùm enim præfatus Franciscus de Angelis vendidisset Innocentio in anno 1612. Terram Castri Petrusij pro pretio duc. 34500. in ipso venditionis instrumento asserebatur fuisse venditam Terram prędictam cum integro eius statu, &c. Ac cum omnibus alijs bonis, membris, corporibus, & introitibus feudalibus tantùm, etiam quouis particulari titulo quæsitis in dicto territorio, eiusq; pertinentijs (vltrà tamen illa in subsequenti instrumento continenda, quæ erant burgensatica) francam, & liberam ab omni onere, excepto feudalis seruitij, siuè adhoę, & illorum etiam, quæ deberentur ex natura feudi, maioris dominij ratione. Cumq; inter alia bona vt supra vendita, adessent quædam corpora descrita in processu fuit prætensum per Vniuersitatem dicti Castri Petrutij illa esse allodialia, & proindè obligata oneri bonatenentiæ vigore sententiæ S. C. in anno 1569. pro cuius solutione fuerunt expeditæ prouisiones per Regiam Cameram. Proindè petijt Innocentius in eadē Regia Camera cōdemnari hæredes Francisci ad ei reficiendū: quāto minoris ipse emisset, si prædicta corpora dicto oneri subiecta esse sciuisset, ac cōsequentèr licere sibi ex residuo pretij Terræ prædictæ, retinere tantumdem, quantum corpora prædicta minùs cum ipsis oneribus venundari contingissent, vnà cum interesse, audito in omnibus Regio Fisco creditori ipsius Francisci.

Pro cuius petitionis iustitia allegabam ego iura prædicta; nàm cum Franciscus venditor sciens corpora illa esse obnoxia oneri bonatentiæ, prout etiā in dubio lex præsumebat, venditorem nimirùm probè scire
5 qualitates, & quantitates rerum suarum, præcipuè cum longo tempore in eius fuissent patrimonio, vt tradit *Cepol. in l. 1. §. causa*, per illum *tex. de ædilit. edicto*, & hoc non obstante onus prædictum nedùm emptori nō specificauerat, sed omnia libera, & franca esse asseuerauerat, sequebatur non solùm teneri quantò minoris emptor emisset, sed etiam ad totale interesse ex superiùs allegatis, non

enim

enim pro eodem pretio emisset emptor allodialia,sicut feudalia, vt in facto probatum erat.

At ex aduerso nonnulla obiectabantur per oculatissimos Fisci Patronos,qui pro tempore fuerūt, quibus occurrendum duxeram, nè tantorum virorum authoritas, clarissimam actoris iustitiam aliqualitèr obumbrare videretur.

Dicebant enim primò, quod nullo modo poterat Innocentius actor obtinere; nam dùm in primo instrumento fuerunt vendita bona feudalia tantùm, vltrà illa in secundo instrumento contenta; tùnc vel bona de quibus quærebatur erant contenta in secundo instrumento, & eo casu quia non fuerunt vendita vti feudalia, non tenebatur venditor ad aliquod; aut prætendebatur fuisse vendita in primo instrumento, & eo casu aut erant feudalia, & non erant obnoxia oneri bonatenentiæ; aut erant burgensatica, & non poterant dici vendita, quia in dicto primo instrumento fuerunt alienata bona feudalia tantùm; & proptereà dicebant, quocunque se verteret Innocentius,nullo modo poterat obtinere.

Dicebant secūdo loco: quod corpora illa,quorum occasione prætendebatur per Innocentium deductio pretij,fuerunt vendita *talia, qualia* ipse venditor possederat, & non aliter; adeòvt neq; teneri voluerit de euictione; vndè cū non fuissent vendita vti feudalia; sed vti rei veritatè erant, ad nihilum teneri poterat venditor, qui non expressit certam bonorum qualitatem, quæ fuerūt postea reperta alterius naturæ.

Hoc autem confirmari dicebant ex sequenti instrumento vbi corpora fuerunt distracta absq; expressione aliqua qualitatis feudalis; vndè cùm ab initio fuerint in primo instrumento vendita corpora describenda in secundo instrumento, prout illa possessor tenebat, & fuerant prædecessoribus quæsita, etiam titulo particulari,& in descriptione corporum sequuta, non fuerint vendita vti feudalia, sed *talia*, *qualia* erant, videbatur prorsùs cessare prætentio Innocentij.

At illis non obstantibus,dicebam: Quoad primū bona de quibus agebatur verè fuisse contenta in primo venditionis instrumento, & illa vti feudalia vendita, & consequentèr illis deindè repertis oneri bonatenentiæ obnoxijs, vti burgensaticis teneri omninò venditorem ad interesse quantò minoris.

Etenim ex verbis primi instrumēti apertè colligebatur voluisse contrahentes in prædicta prima venditione includere omnia corpora, & iura, quæ intrà fines dicti feudi continebantur,etiam quouis particulari titulo quæsitis in dicta Terra, eiusq; pertinentijs,& districtu tàm per ipsos,quàm per prædecessores, & cum integro illius statu, & prout ipse, & prædecessores habuerunt, & possiderunt, vltrà tamen illa in subsequenti instrumento continenda, quæ non comprehendebantur in dicto primo instrumento,vndè videbatur colligi, nec minimum quidem de comprehensis intrà fines prædicti feudi voluisse à dicta prima venditione excludere,nisi tantùm corpora illa,quę in secundo instrumento erant vendenda; cùm etiam hęc solū excludere voluerunt, omnia alia includere 6
voluisse dicendum erat, iuxtà regulam *l. cum prætor, ff. de iudicijs cum concordantib.* præcipuè dùm illa fuerāt intrà fines dicti feudi, vndè facta 7
venditione cum finibus,& pertinentijs omnia cum ipso fundo vendita videbātur,*l. ede sacra,ff. de contrah. empt. Salic. in l. 2. num. 7. C. eod. tit. Soccin. consil. 98. col. 1. vol. 1. Ruin. consil. 74. nu. 3. vol. 2. & Menoch. consil. 13. n. 9.*

Insuper fuerat per testes probatū; bona, & corpora in primo venditionis instrumēto cōtēta fuisse per ipsū Fran-

Franciscum venditorem possessa; ergò necessariò videbantur inclusa in prima venditione, tùm quia fuit ibi dictum cum omnibus corporibus, prout per ipsum, & prędecessores fuerunt possessa, quæ dictio omnia
8 includit, & nihil excludit *l. Iulianus, & l. testatorem in princ. de leg. 3. Giurb. decis. 84. num. 16.* post innumeros adductos per *Episcop. Barbos. in diction.*
9 *241. num. 21. cum pluribus seqq.* tùm quia videbatur facta vnio ad feudũ saltem de facto, *arg. l. Seia, §. tiranna, ff. de fundo instructo, & Andr. in cap. 1. de capit. qui cur. vend.* & sic dicebantur in venditione comprehensa, vt per *Annam in alleg. 29. nu. 8.* tùm deniq; quia nihil præter in secundo instrumento contenta excludere voluerunt, etiam particulari titulo quęsita, vndè necessariò dicendum erat fuisse in prima venditione contenta, vt testes deponebant. Et quamuis dicerent illa esse burgensatica, hoc non prohibebat, quin dici deberent cõprehensa; sed ità deposuerũt, quia re vera erant burgensatica, & ille vendidit vti feudalia, & propterea addidit vẽditor illa verba *Feudalibus tantũ*, non ad finem excludendi alia corpora etiam burgensatica inclusa intrà fines dicti feudi; quia noluit à prædicta venditione excludere, nisi tantùm corpora continenda in secũdo instrumento, sed ad demonstrandum, quod illa vendebat vti feudalia, & ideò dixit franca, & libera, ab omni onere, excepto feudali seruitio, siuè adhoa, & his quæ debentur ex natura feudi, maioris dominij ratione.

Comprobabam hoc etiam, ex interpretatione subsequuta, per traditionem possessionis dicti feudi, & corporum in eo contentorum; Etenim nedùm bona feudalia intrà fines feudi comprehensa tradita Innocentio fuere per ipsum venditorem, sed etiam prædicta bona de quibus disputabatur, præsupponendo fuisse feudalia, licet re vera essent burgensatica, & in ipsa possessione Innocentius semper permanserat, nec vmquam Franciscus venditor conquæstus fuit, illa non fuisse in prædicta prima venditione comprehensa; vndè dicebam ex hoc subsequenti actu, satis clarè, fuisse præce-
10 dentem ipsorum contrahentium declaratam voluntatem, quatenùs illa dubia fuisset; voluisse nimirùm omnia in venditione includere, vt notat *Rum. in consil. 113. nu. 10. lib. 1.* nec poterat dicta traditio censeri fa-
11 cta, nisi ex titulo præambulo primę venditionis, nàm in secundo instrumento non legebantur hæc corpora de quibus erat quæstio, *arg. l. quadam mulier, vbi Glos. in verb. sufficiebat, ff. de rei vend. vbi Angel. num. 4. Bart. in l. celsus num. 16. de vsucapion. Mascard. de probat. concl. 1202. nu. 16.* & ideò licet essent allodialia, quia tamen erant de pertinẽtibus ad feudum, tùm ex possessione; tùm etiam ex subsequenti traditione, tamquam de pertinentijs iudicari debebant, vt ex *Curtio, Grauett. Natta, & alijs,* confirmat *Menoch. lib. 3 præsumpt. 99. in fine*: Pręcipuè cum essemus in contractu oneroso, in quo venit omne id, quod intrà fines feudi cõtinetur, & quod emptor venire credebat, *Bald. in l. in testamento in princip. ad l. falcid.* & optimè *Surd. in consil. 13.*

Quoad secũdam obiectionem Regij Fisci, dicebamus, quod venditor licet non exprimat qualitatem bonorum, non tamen excusabitur, quia tenetur clarè specificare res pro qui-
13 bus soluitur canon, siuè census, ità docet *Alexand. in cons. 64. vol. 6.* quod est duplicatũ *in cons. 45. eodem vol. 6.* & refert *Bertazzol. de clausi. instrum. clauf. 14. glos. 1. num. 6.* vndè sequebatur, quod cùm emptor ignorauerit qualitatem rei venditæ, nec à venditore fuerit certificatus; dùm bona fide emit, videri voluisse Terram prædictam, & omne id, quod intrà fines feudi

feudi Franciscus possidebat, vti feudalia, vel saltem franca, & libera ab omni alio onere excepto feudalis seruitij emere, vt notat *Bald. in rubr. de contrab. empt.* & tradit *Surd. in dicto consil.* 13. *nu.* 29. facit optimè *Afflict. in d. cap.* 1. *num.* 4. *de capit. qui cur. vēd.*
14 vbi dicit Baronem vēdentem Baroniam, nec exptimentem partem illius separasse, teneri quanto minoris, ex *tex. in l.* 1. *ff. de action. empt.*

Pręterea dū in prędicto instrumēto primæ venditionis fuerat expressa qualitas feudalis, & specificè declaratum, fuisse vendita corpora frāca, & libera ab omni onere excepto feudalis seruitij: & deindè reperta alterius naturæ, & sic obnoxia oneri bonatenētiæ, de quo nulla fuerat facta mentio per ipsum venditorem, vt requirebatur, dicebam omninò
15 teneri actione ex empto ad totale interesse, nedùm quanto minoris; fuit enim venditor in culpa non certiorando emptorem de qualitate dictorum corporum, & bonorum, ideò sibi debebat imputari, vt dixit *Castr. in l. serui electione*, §. *fin. num.* 13. *ff. de leg.* 1. *Reg. Rouit. in consil.* 14. *num.* 7. *vol.* 1. & cæteri quos allegat *Surd. d. consil.* 13.

Hoc autem confirmabatur ex sequēti instrumēto in quo vendiderat quædam bona burgēsatica, quæ fuerant specialitèr reseruata in primo, & quia erant allodialis naturæ, & cōsequentèr subiecta oneri bonatenētię, noluit asserere illa esse frāca, & libera, sicut asseuerat in primo, & ideò cùm reperta fuissent prędicto oneri subiecta tenebatur ad totale interesse, dùm in primo instrumento excepit solùm illa in secundo instrumento continenda vti allodialia, ex qua quidem exceptione satis firmasse videbatur reliqua omnia tamquàm feudalia vendidisse, arg. *text. in l. quæsitum*, §. *deniquè*, *ff. de fund. instruct. cum concordantib.* vndè non carebat
16 culpa dùm mendacium dixit *l. elegantèr*, §. *fin. cum seq. ff. de dolo*, benè *Ruin. consil.* 141. *num.* 7. *vol.* 1. & *Surd. d. consil.* 13. stante præsumpta ignorantia emptoris, qui poterat credere illa esse feudalia cum essent intrà fines feudi, & possidebantur ab ipso Barone, vndè interpretatio debebat fieri contra venditorem, qui po-
17 terat apertiùs loqui, vt post *Surd. vbi sup. nu.* 35. & alios, fundat *D. Reg. Capyc. Latro in decis.* 37. *num.* 7.

Nec multum referre dicebam, quod in fine primi instrumenti adesset clausula, quod respectu corporū particularium noluit venditor teneri de euictione, nisi ab habentibus causam ab ipso tantùm, sed illa vendebat *talia*, *qualia* ipse possederat, & non alitèr. Quoniam licet noluisset teneri de euictione, parùm tamen hoc faciebat ad actionem per emptorem propositam; non enim agebatur de euictione; nàm euictio est,
18 quando res empta amittitur, vel abducitur per sententiam, vt per *Azon. in summa*, *C. de euiction. Rubeū in l. non solùm*, §. *morte*, *ff. de oper. nou. nunc.* & *Caballin. de euiction.* §. 1. & in casu occurrenti res, non erat amissa, sed agebatur actione ex empto, vt liberaretur res ipsa vendita ab onere, quo erat obnoxia; vel quod teneretur quantò minoris emptor fuisset
19 empturus si sciuisset illius rei qualitatem oneri prædicto obnoxiam, vt in terminis declarat *Castr. in l. creditor*, §. *prædium*, *ff. de action. empt.* vbi dicit, ibi esse *text.* decernētem, quod & si de euictione agi non possit, tamen agi valeat, vt res ipsa ab onere liberetur, quod perpetuò notandum asserit etiam *Aretin. in* §. *fin. Institut. de suspect. tutor. Rub. in d.* §. *morte*, *nu.* 467. & in terminis videndus *Surd. in decis.* 165. *nu.* 7. & 8. ad quod optimè etiam facit *text. in l. tenetur*, §. *fin. de action. empt.* vbi pactum nequis de
20 de euictione teneatur, non prodest ei, qui sciuit causam ex qua res euinci poterat, & tacuit: decidit hoc etiā *text. in l. emptorem* 12. §. *qui autem*,

vers.sed & Iulianus, & versic. ibidem ait, ff.eod.tit. vbi *Vlpianus* respondit, quod etiam si apertè venditor dicat,
21 nihil euictionis nomine præstitum iri, hoc ei tantummodò iuuabit ne teneatur ex empto ad totum id, quod emptoris interest, non autem quantò minoris, & sic vt pretium restituatur *quoniam* inquit: *Bonæ fidei contractus non hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amittat, & pretium venditor retineat, nisi fortè emptor omnes istas conuentiones reciperet.*

Et ex his etiam dicebam nihil obstare, quod corpora illa vendiderit *talia qualia, ipse possederat, & non aliter*, nàm cùm à principio asseuerasset ea esse libera, & franca ab omni onere, licet deindè verbis generalibus addiderit, illa vẽdere *talia, qualia, & sicut ipse possederat, & non aliter*, illa nihilominùs generalis reseruatio nihil releuabat, quin teneretur quanto minoris fuisset emptor, empturus, vt ad literam respondit idem *Vlpianus in l.Iulianus 14. §.idẽ Iulianus, ff.eod.tit.de action.empt.* vbi cùm venditor fundum vno oneri
23 subiectum asseuerauerit, dùm sciret pluribus esse obnoxium, licet deindè legem generalem posuerit, nolle teneri, sed emptorem ipsum, si quã tributuum, aut vectigalis nomine, aut ad viæ collationem præstare oportere; tenebitur nihilominùs vẽditor ex empto, quasi decepisset emptorem, vbi *Gloss. in verb. decepisset*, asserit teneri in solidum, & sic ad totale interesse obscurè loquendo, cum potuerit apertiùs loqui, sequitur optimè subtilissimus *Faber in suo Cod. eod. tit. de actionibus empti diffin.* 1. & proindè dixit *Gulielm. de Bened. in quæst. de venditione post repetit. cap Rainutius, num.* 18. post *Bart. & Castrens. in l. quaro, ff. de action. empt.* quod qui potuit specificare, & non specifica-
24 uit, videtur dolosè facere; ideò si dixerit vẽdo rem, prout eam possideo, & teneo, non perindè excusabitur, sequitur alios allegans *Lanar. in consil. 48. num. 5.* & probat hoc etiam optimè *text. in d. l. quæro 40. ff. de action. empt.* vbi *Modestinus* ait, quod licet venditor dixerit, id tantũ venundatum censeri, quod intrà terminos ipse possedit, sciens aliquam partem certam se non possidere, & non certiorauerit emptorem, vel si certus venditor quibusdam personis certas seruitutes deberi, non admonisset emptorem, sed generalitèr excepere, seruitutes si quæ debentur ad emptorem spectare, ex empto eum teneri debere, cùm generalis hæc exceptio, siuè adiectio, ad ea quæ specialitèr nouit, & specialitèr excipere, & potuit, & debuit, pertinere non debeat, refert idem *Lanar. in d. consil. 73. num. 14. & Costa de scient. & ignor. d. inspect. 90. fol. 125. & seq.*
25 debet enim venditor per verba clara, & non obscura admonere emptorem de omnibus qualitatibus rei
26 emendę; & preponderat dolus commissus in tacendo, culpæ in non inuestigando, *Alexand. in consil. 14. n. to. vol. 5.* optimè *Gomez tom. 2. var. cap. 2. nu. 49.* vbi non sufficere fatetur, generalitèr exprimere, sed particularitèr, & claro modo declarare seruitutes, & onera, quibus res ipsa obnoxia reperitur, & comprobat etiam *nu. 46. versic. limita*, & latè *Perez d. lib. 5. ordin. tit. 7. leg. 2. fol. 109. versic. quo fit col. 1. & col. 3. versic. dubium*, vbi *Gregorium Lopez*, & alios concordantes adducit, & in specie *Surd.* optimè *in decis. 289. num. 55. cum seqq. vbi addentes.*

Quę omnia eò casu magis pcedere dicebã: quando pręfata verba, *Talia, qualia & ipse possederat*, aliam interpretationem accipere potuissent, nimirùm circa redditum, vel ipsorummet corporum existentiam, dùm illa specialitèr in ipsa venditione expressa non fuerint, sed tantùm generalitèr cum ipsa Terra: prout in casu de quo quærebatur, vbi fuit vendita

Terra

Terra Castripetrutij cum omnibus iuribus, & corporibus absq; aliqua illorum, siuè reddituum expressione; & ideò cum illa verba, *Talia, qualia,* possent alteram accipere interpreta-
27 tionem; contra ipsum venditorem, qui poterat clariùs loqui interpretari debebant, vt optimè tradit *Gulielm. de Bened. in d. quaest. post nu. 19. versic. secunda ratio, per text. in l. veteribus, ff. de pactis, & l. Labeo 21. ff. de contrah. empt.* cùm ipsi soli imputari debeat, qui potuit, ac debuit apertè loqui, & non fecit.

Quinimò fatebar, hanc tãtummodò interpretationem dictis verbis congruere, nàm aliàs videbantur repugnantiam continere, & contradictionem; cùm enim à principio illa vti feudalia cum taxatiua tantùm, & consequentèr libera ab onere bonatenentiæ, excepto feudalis tantùm seruitij distraxerit: si deindè per subsequentia illa verba, *Talia qualia,* denotare voluisset qualitatem bonorum prædictorum, itàvt etiam allodialia præsumi possent; manifesta
28 fuisset cõtradictio; quę in eodem instrumento non est præsumenda, *l. vbi repugnantia, ff. de reg. iur. cum concordantibus.*

Neq; his aliquod obesse videbatur, in his nimirùm legibus, quibus hæc omnia disponebantur, præsupponi scientiam venditoris, adhoc vt ex empto cõtra eum agi posset: quoniam præterquàm quod in casu de quo quęrebatur venditor de his omnibus scientiam habebat, & vbi voluit ad sui vtilitatem exprimi curauerat, vt legitur in dicto instrumento, vbi emptor promisit interim soluere interusuria dictorum ducatorũ 34000. pretij Terræ prædictæ, & ibi specificè expressum fuit esse frãca ab omni onere bonatenentiæ, quia annui redditus prædicti erant allodiales, & ideò non ignorauit venditor deberi hoc onus ex corporibus burgensaticis, & consequentèr dùm vẽdidit prædicta corpora vti allodialia, debebat illud onus exprimere, & ideò ex quo non expresserat tenebatur ad totale interesse.

Nihilominùs adhoc, vt actione quanto minoris agi possit: prout in illo casu actũ erat, parùm iuuat scię-
29 tia, vel ignorantia venditoris, siuè enim sciat, siuè ignoret tenetur pretium restituere, & sic quanto minoris res illa vendi potuisset, ità ad literam respondit idem *Vlpianus in l. 1. §. causa, ff. de aedilit. edicto,* vbi ait, *Nihil interesse emptoris, an fallatur ignorantia venditoris, vel calliditate,* ea ratione quia venditoris ignorantia nõ minuit damnũ emptoris, & propter eà nõ facit cessare actionẽ, quæ oritur propter damnum, dicit *Bal. in l. 1. in prima opposit. C. eod. tit. de aedilit. edict. Cepol. in d. §. causa num* 4. optimè *Surd. d. decis.* 165. *num.* 9. & subtilissimus *Faber in C. tit. de action. empt. diffin. 1. & Mangil. in d quaest. 24. nu. 12.* concordat *tex. in l. si minor 9. C. de action. empt.* vbi ità *Imperatores* decreuerunt: *Si minor à venditore (siuè sciente, siuè ignorante) dicebatur capitatio prędij venditi, & maior inuenta sit, in tantùm conuenitur, in quantum si sciisset emptor ab initio, minùs daret pretij,* vbi *Glosa magistra in verb. minùs daret, versic. vel non refert,* multum commendat, & optimè docet etiam eadem *Glos.* per illum *text. in l. quoties 61. ff. eod. tit. de aedil. edict.* vbi etiam latè *Capola.*

In vno tamen interesse dicebam, scientiam, vel ignorantiam vendito-
30 ris; nimirũ vt si sciens vendiderit teneatur ad totale interesse actione ex empto, *ad text. in l. 1. C. de action. empt. & l. Iulianus, §. item qui furem, ff. de action. empt. & l. quęro si quis fundum. ff. eod. & l. cum venderes fundum, C. de contrab. empt.* Si verò ignorans vendiderit teneatur solùm actione quanto minoris res illa valeret, & docet eadem *Glos. in d. l. si minor, & d. l. quoties,* & optimè *Mangil. d. q. 24. nu. 13.*

nu. 13. versic. interest, & secundum huiusmodi distinctionem procedunt omnia iura superiùs allegata, vt scilicet tùnc necessaria sit venditoris scientia, quando agitur ex empto ad totale interesse, sed si solùm agatur actione quanto minoris, nulla requirirur sciẽtia venditoris, sed siuè sciat, siuè ignoret tenebitur, *ex d. l. si minor, cum concord.* & optimè declarat *Capol. in d. l quoties, ff. de ædilit ædicto per totam:* nisi tamen etiam emptor non ignorasset, tùnc enim ei non succurritur, vt dicit *text. in d l si minor* 9. *C. de action. empt.* vbi *Imperator* in fine asserit: *Si verò huiusmodi onus, & grauamen functionis cognouisset emptor, nullam aduersus venditorẽ habet actionẽ;* & concordat *Vlpianus in d. l.* 1. §. *si intelligatur. ff. de ædil. edict.* vbi asserit: *Si intelligitur vitium, morbusuè mancipij (vt plerumq; signis quibusdam demonstrari solent vitia) potest dici edictum cessare;* & dat rationẽ, *quia hoc tantùm intuendum est nè emptor decipiatur;* Vndè cùm emptor sciuerit, nõ potest dici deceptus. Causa. n. huius ædicti proponendi illa fuit, vt occur-
31 ratur fallacijs vendentium, & emptoribus succurratur, quicunq; decepti à venditoribus fuerint, dixit idem *Vlpian. in d. l.* 1. §. *causa, ff. de ædil. edict.* sed si ignorauit emptor semper aget quanto minoris, etiam quod venditor ignorauerit ex supradictis.

Quinimò etiam vbi iusta ignorantia posset aliquo modo excusationẽ præstare, nihilominùs non releuaret, vbi & si ignoret venditor seruitutem, tamen asseuerat rẽ venditã esse libe-
32 ram, & absq; onere; Etenim tùnc eriã tenebitur, vt dicit *Vlpianus* optimè *in d. l. Iulianus* 14. §. *quod tamen si ignorauit, ff. de actionibus empti*, his aureis verbis: *Quid tamen si ignorauit quidem furem esse, asseuerauit autem bonæ frugi, & fidum, & caro vendidit? Videamus an ex empto teneatur, & puto teneri; Atqui ignorauit sed non debuit facilè quod ignorabat asseuerare: Inter hunc igitur, & eum qui scit interest, quoniam qui scit præmonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem* sunt verba *Vlpiani*, quem commendat *Glos. in l. cum videres, ff. eod. tit.* & clariùs *in d. l.* 1. §. *causa de ædilit. edict. & in d. l. quoties*, sequitur *Cyn. in d. l.* 1. *Bald. & Io. Fab. & Salic. nu.* 2. & post eos optimè *Surd. in d. decis.* 165. *n.* 11. & 12. imò hoc casu etiã, quod ignorauerit tenebitur ad totale interesse, vt tradit idem *Capola in d. l. quoties;* non enim dicitur carere culpa, qui asseuerat id, de quo non est certus, & tantò maior est culpa, quantò iustior est ignorantia; Etenim non cogebatur dicere, & asseuerare rem esse li-
33 beram, si ignorabat talem esse, arg. *textus in l. ex duobus, ff. de negot. gestis,* imò addit *Surd. vbi sup.* ex huiusmodi mendacio præsumi dolum, *l. si quis affirmauerit, ff de dolo, & Fab. in l. procurator in fine de procurator.* idem *Surd. in consil.* 149. *num.* 6. & *Mangil. d. quæst.* 24. *num.* 25. quo stante, etiam si expressè noluisset teneri de euictione, adhùc ratione doli teneretur *d. l. tenetur*, §. *fin. cum concordant. ff. de action. empt.* vbi *Pomponius Iureconsultus* respondit: *Si cum venditor sciret obligatum, aut alienum vendidisset, & adiectũ sit neue eo nomine quid præstaret; æstimari oportet dolum malũ eius; quem semper abesse oportet in iudicio empti, & quod bonæ fidei sit,* vbi *Glos. in verb. dolum malum*, alios concordantes adducit.

Ex quibus omnibus dicebam, omninò teneri Franciscum venditorem, actione quanto minoris emptor emisset si corpora prædicta oneri bonatenentiæ subiecta sciuisset.

Hæc causa fuit protelata per partẽ aduersam, & posteà mutato Fisci Patrono fuit instãtibus creditoribus iudicialitèr vendita Terra prædicta cum omnibus iuribus, & corporibus, & proindè ampliùs de hac causa non fuit tractatum.

SVM-

SVMMARIVM.

1 Donatio ante nuptias, siuè propter nuptias fuit de Iure Digestorum penitùs incognita.

.. Sed habuit principium de Iure Codicis.

.. Obtinuit autem ante nuptias donationis nomen, quia ante matrimonium, & numquam post celebratas nuptias fiebat.

.. Sed tempore Iustiniani Imperatoris, etiam post nuptias fieri consueuit, & ideò propter nuptias nomen acquisiuit.

2 Æqualitas dotem inter, & propter nuptias donationem seruari debebat de Iure nouissimo Authenticorum.

.. Hodie tamen huiusmodi æqualitas contraria Consuetudine fuit abrogata.

.. Et seruantur pacta, & conuentiones secundum locorum Consuetudines.

3 Dotarium, siuè Tertiaria successit in Regno Neapolis in locum donationis propter nuptias.

.. Et in Ciuitate Neapolis vocatur Quarta.

.. Sed hodie in toto Regno, & Ciuitate confusè hæc omnia appellantur Antephatum.

4 Quantitas Antephati, siuè quartæ diuersimodè constituebatur, quia poterat esse minùs, vel plus.

5 Quãtitas Antephati, hodie per nouellam Pragmaticam taxatur secundum quantitatem dotis.

6 Quartam in cuius locum successit hodie antephatum de Iure Authenticorum non lucrabatur mulieri, nisi ex pacto.

..Sed per Consuetudinem Neapolis incip Quartam autem, ex sola illius constitutione lucri faciet, etiam sine pacto delucrando.

.. Licet requiratur promissio, & cõstitutio, vt debeatur, aliàs secus.

7 Filij succedunt in quarta, seù antephato inspecto iure communi vti filij ex propria persona, etiam si non sint hæredes.

.. Et ità etiam de iure Constitutionum, & Capitulorum Regni, secundum aliquorum opinionem.

.. De iure autem Consuetudinario succedunt filij vti hæredes patris.

8 Muliere mortua, vsusfructus statim consolidatur proprietati, ità vt ad omnes liberos mariti ex quacumq; vxore susceptos proprietas illa perueniat, secundũ Consuetud. Neap.

9 Fratre in vita matris præmortuo, frater succedit.

10 In capitulis matrimonialibus apponi solet pactum, quod Antephatum debeat peruenire ad filios vti filios nõ autem vti fratris hæredes.

11 Antephati, siuè donationis propter nuptias proprietas iure communi inspecto semper est penès matrem durante viduitate.

..Quam tamen debet reseruare filijs primi matrimonij.

.. De iure verò Authenticorũ fuit illi à secundis nuptijs abstinenti, nedùm vsus concessus, sed etiam tanta proprietatis portio, quantum filiorum quantitas faciat.

12 Matri ad secundas nuptias transeunti denegabatur olim alienandi, & administrandi potestas, & solùm sibi remanente vsufructu, cogebatur proprietatem seruare filijs ex præcedenti coniugio susceptis.

.. De Iure verò nouo statim quod alteri viro coniuncta est, proprietate priuatur, cuius statim filij, domini efficiuntur.

..Qui si cum filijs præmoriãtur matri, ipsis nepotibus acquiritur.

..Sin autem sine filijs ad matrem proprietas redibit.

13 De iure consuetudinario Antephati proprietas numquam discedit à viro, nec ab eius hæreditate.

..Sed mulier erit sola vsufructuaria donec supersint liberi ex illo matrimonio.

.. Illis autem omnibus præmorientibus proprietas statim transit ad illam, & consolidatur cum vsufructu.

.. Illa verò præmoriente vsufructus extinguitur, & consolidatur proprietati, & pleno Iure erit filiorum, vti patris hæredum.

.. Nisi adsit pactum, quod succedant vti filij.

14 Pactum, quod filij succedant in Antephato vti filij, non autem vti hæredes extenditur, etiam ad nepotes ex filijs præmortuis.

15 Dispositio l. fœminæ, C. de secundis nuptijs, determinans lucra nuptialia intelligi reseruata filijs primi matrimonij, procedit etiam in nepotibus.

16 Filius si præmoriatur matri, relictis tamen filijs siuè nepotibus, tùnc illi filij, ijdemq; nepotes, non minùs impediunt consolidationem proprietatis Antephati cum vsufructu in beneficium matris, quàm si superesset ipse filius.

17 Filio præmortuo portio Antephati nō transmittitur, sed reuertitur ad matrem æque, ac si filius non extitisset.

18 Matre viuente, & non consentiente nequit filius de antephati proprietate disponere, quæ est ad ipsam matrem omninò peruentura.

19 Spes cum possit deficere, nullo modo dicitur transmissibilis.

.. Sed quatenùs esset aliquo modo transmissibilis necessarium esses rem illam actu ademptam esse.

20 Portio debita proximioribus vigore Consuetudinis si non fuit actualitèr agnita, non transmittitur.

.. Sed proximiores ex propria persona succedunt.

21 Antephati proprietas numquam exit ab hæreditate viri, sed stat in suspēso donec verificetur conditio super viuentia.

.. Imò nec momento stat in hæreditate filij decedentis sine filijs, sed statim acquiritur matri.

.. Etiam ex verbis conuentionis, ex quibus videtur attendi debere tempus mortis matris.

22 Ex pacto apponi solito in capitulis matrimonialibus, quod Antephatum scilicet debeat peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes, videntur partes voluisse recedere à dispositione Consuetudinis, & redire in omnibus ad ius commune.

23 Nepotes iure communi inspecto succedunt in Antephato ex propria persona, nedùm respectu aui, sed etiam patris, qui nequit de illo disponere in præiudicium nepotum.

.. Quod etiam in cæteris lucris locum sibi vindicat quæ ad filios, & nepotes ex propria persona pertinere decernitur.

24 Filio præd. functo, viuente patre, vel matre eius portio non ad fratres, sed ad filios, vel nepotes præmortui pertinebat de iure communi sola eligendi facultate parenti relicta, ex Zenonis dispositione in l. in quibus, C. de secundis nuptijs.

.. Quæ quidem facultas fuit, etiam illi sublata de iure Authenticorum.

25 Mulier de iure consuetudinario defuncto Viro superstitibus liberis Antephatum acquirebat, quoad vsufructum tantùm; remanente proprietate in patrimonio, & hæreditate viri.

.. Hæreditate deindè adita transibat in patrimonio filiorum.

.. Illis autem præmorientibus nullis relictis liberis consolidabatur proprietas cum vsufructu in beneficium mulieris, ac si numquam fuisset in hæreditate filiorum.

26 Mulier vno tantùm ex filijs superstite non acquirit proprietatem, etiā quod ille non fuerit hæres, vel fortè incapax.

27 Existentia vnius ex hæredibus institutis facit, vt non possit dici verificata conditio expressa ad fauorem substituti, quamuis ille non esset hæres, vel non succederet.

28 Paria sunt liberos non extare, vel decedere, absq; liberis.

29 Pro-

29 *Proprietas antephati, quæ erat penès virum illo mortuo, & adita hæreditate non potuit stare in suspenso, sed transiuit in filios; siuè vti hæredes, siuè vti filios, sub conditione tamen superuinentiæ; quæ ideò potuit obligari eius creditoribus.*

.. Quia illa proprietatis portio remansit in hæreditate filij præmortui pro rata, ex doctrina Napodani.

.. Quamuis si decederet sine liberis illa accresceret matri iure proprio ex pacto antecedenti, exclusis creditoribus filij.

30 *Decedente vno ex filijs absq; liberis, tùnc succedit frater, & non accrescit matri, quia per existentiam alteriùs fratris impeditur consolidatio in beneficium matris.*

31 *Filij non possunt disponere de proprietate Antephati in casu quo omnes prædecederent, absq; filijs.*

.. Quia tùnc est omninò ad matrem peruentura.

32 *Filij, (qui de iure Consuetudinis succedunt vti hæredes in Antephato) succedunt pro rata in dicta proprietate, at secus quando succedunt vti filij, quia tùnc non succedunt pro rata, sed tantùm superstites tempore mortis matris*

.. Ideò portio quæ spectabat ad filios præmortuos, non potest dici obligata creditoribus, sed alijs fratribus superstitibus potiùs iure accrescendi, quam successionis, sed vide n. 37.

.. Quod extenditur procedere, etiam de iure consuetudinario, secundum Camillum Borrellum.

.. Quia videntur coniuncti re, & verbis coniunctione legali.

33 *Portio Antephati de iure cōmuni pertinet ad filios vti filios, non vti hæredes.*

34 *Iure communi inspecto portio lucrorum nuptialium omnibus filijs pro rata, non autem solis superstitibus acquiritur.*

.. Itàvt præmoriens suam portionem ad filios transmictat.

35 *Ius accrescendi cessat quando adsunt filij in quos transmictitur portio, etiam non adita, nec acquisita.*

36 *Ius transmissionis est potentius iure accrescendi.*

38 *Lucrorum huiusmodi proprietas competit etiam nepotibus ex propria persona, quando filij præcedunt in terminis* legis fœminæ, C. de secundis nuptijs.

.. Sed hoc intelligendum de iure communi, quo iure proprietas est penès matrem.

.. Secùs de iure Consuetudinis, *quo iure est penès patrem.*

.. Vndè non possunt nepotes ex propria persona succedere auo, si illius mortis tempore existebat pater, qui eos procedebat in gradu.

.. Sed possunt tùnc succedere iure transmissionis, & si hæreditario, licet ille filius prædecesserit matri; cuius mors non est in consideratione, quia non erat proprietaria.

39 *Tempus mortis matris attenditur solùm quoad plenariam acquisitionem Antephati, nimirùm quo ad proprietatem, & vsufructum: non autem quoad proprietatē tātùm; quia tùnc tempus eius mortis non attenditur.*

40 *Pactum quod antephatum debeat peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes, non extenditur ad nepotes, quando habuit effectum in filio, qui iam successit vti filius.*

41 *Nepotes in vno tantùm casu possunt succedere ex propria persona, quando filius prædecesserit patri, & sic antequam acquisiuisset Antephati proprietatis portionem.*

.. Secùs si non prædecesserit, quia tùnc cum filius præcedat nepotes in gradu, & pactum habuit locum in filio, qui successit vti filius, non poterit nepos succedere ex propria persona, sed iure transmissionis vti hæres.

.. Quod etiam de iure Authenticorum pocedere ostenditur.

42 Text. in §. si verò filiorum, Auth. de nuptijs *explanatur.*

43 *Tran-*

43 *Transmissio aliud non est, nisi iuris, quod defunctus habuit in hæredem translatio.*

44 *Transmissarius si partem ad se transmissam repudiet, facit locum iure accrescendi.*

45 *Filius iure communi inspecto, non poterit eius filios, eosdemq; nepotes priuare portione illis spectante in lucris nuptialibus.*

.. *Quia etiam adita hæreditate antenuptiali donationis naturam detinent, & in ea nepotes iura proprio succedunt.*

.. *Sed secùs est de iure consuetudinario Neap.*

46 *Quilibet præsumitur contrahere secundum consuetudinem patriæ.*

47 *Consuetudines Neapolis dicuntur ius commune in Ciuitate.*

.. *Sicut Constitutiones in Regno.*

.. *Fuerunt enim approbatæ per Regem Carolum.*

48 *Aliud est; non habere locum Cõsuetudinem, aliud verò habere locum ius commune.*

49 *Mos magnatum dicitur idem, quod ius commune secundum aliquos, sed contra vide* num. 50. & seq.

50 *Filij succedunt in antephato vti hæredes, non vti filij; etiam secundum morem Magnatum.*

51 *Filijs, etiam vti filijs succedentibus ex conuentione contrahentium succeditur pro transmissionem, non autem ex propria persona.*

.. *Ad quod ponderatur* decisio Afflict. 314. *in secundo dubio.*

52 *Portio antephati non est transmissibilis, quotiescũq; filius prædecessit matri; absq; filijs, & fratribus, sed reuertitur ad matrem.*

.. *Secùs si prædecesserit cum filijs, vel alijs superstitentibus fratribus.*

53 *Filius non potest disponere de proprietate ad matrem reuersura.*

.. *Idest quando decessit absq; filijs, & alijs non existentibus fratribus, qui impediunt consolidationem:*

.. *Secùs verò illis superstitibus, quia tunc benè transmittitur portio, etiã quod in sola spe consisteret.*

54 Napodani doctrina in Consuet. Quartam autem, num. 85. *declaratur.*

55 Crauettæ consil. 385. *enucleatur.*

ARGVMENTVM.

Nepotes ante nouellam Pragmaticam in Antephati proprietate succedere iure transmissionis, & sic iure hæreditario, non autem iure proprio inspecto iure Consuetudinis: licet, adsit pactum, quod Antephatum perueniat ad filios vti filios, non vti hæredes, quando iàm filius successit patri, quàmuis prædecesserit matri, cum tempus paternæ, non maternæ mortis, quoad hoc attendi debeat; ad intellectum decisionis *Dom. de Franchis* 106. quàmuis secùs iudicandum de iure communi, neq; per illud pactum intelligi recessum in omnibus à Consuetudine, & recursum ad ius commune.



DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXIII.

1 Donationem ante, siuè propter nuptias pænitùs fuisse de Iure Digestorum veteribus Iurisprudẽtibus incognitam, apertè testatur *Imperator Iustinianus in §. est, & aliud genus, Institut. de donationibus*, vbi à Iunioribus Diuis Principibus ortum habuisse fatetur, vt habetur *toto tit. C. de donat. ante nupt.* ideòq; ante nuptias donationẽ fuisse nuncupatam, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam post nuptias celebratas talis procedebat donatio: Sed quia deindè *Imperator Iustinus* primus augeri donationem etiam post nuptias voluit, quotiescumq; dos etiã post nuptias augeretur, *ad text. in l. cum multę pen. C. de donat. ante nupt.* & ipsemet *Iustinianus*, deindè nedùm augeri, sed etiam à principio, & de nouo fieri post nuptias permiserit, ideò vt nomen, quoq; consequens esset rei, non ante nuptias, sed propter nuptias, donationem huiusmodi vocari, & appellari pręcepit, vt latiùs ipse concludit *in d. §. est & aliud, Instit. de donationibus.*

Vndè hodie non dubitatur, donationem propter nuptias posse fieri, vt habetur *in l. fin. C. de donat. ante nupt.* & licet diuersimodè anteà, donationis quantitas liquidabatur; Iu-
2 *stinianus* demũ *in Nouella* 97. quę est registrata *in Auth. de ęqualit. dotis*; statuit, & decreuit, vt æqualitas omninò inter dotem, & donationem propter nuptias seruaretur, vt latiùs in *d. Nouell.* vndè sumpta est *Auth. æqualitas, C. de pact. conu.*

Nihilominùs hæc æqualitas hodie contraria fuit Consuetudine abrogata, nec ampliùs in vsu est, sed seruantur pacta, & cõuentiones iuxtà locorum Consuetudines, vt concludit optimè *Guid. Papa in dec.* 363. & refert eruditus *Camill. Borrellus in summa decis. tit. 8. de Antephato, tom. 3. num. 23. & 27. & Reg. Rouit. in consil. 55. num. 3. lib. 1.*

Ideò in Regno vbi in locum dictę donationis propter nuptias succes-
3 sit Dotariũ, siuè Tertiaria, vt habetur *in Constitut. Regni Licentiam, & in Constitut. Mulier quæ dotarium, & in cap. Regni 165. incip. Mulier dotarium:* & in Ciuitate Neapolis successit quarta, vt in *Rubrica de iure Quartæ*; & hodie in toto Regno, & Ciuitate appellatur Antephatum, quasi ante mortem, vt post *Napodan. in d. rubr. de iure Quartæ, & Afflict. in dec. 291. sub num. 12. & decis. 333. nu. 1.* refert *Reg. Rouit. d. consil. 55. lib. 1.* diuersimodè etiam fuit constituta quantitas. Quia de iure Consuetudinario licet
4 appelletur Quarta, poterat tamen esse minùs, vel plus iuxtà placitum contrahentium, vt habetur per *Napod. in d. Consuet. Quartam autem in verb. constitutam*, secundùm verò vsum, seù Consuetudinem Capuanę, & Nidi, erat medietas dotium promissarum, sed secũdum morem Procerum, & Magnatum Regni erat tertia pars dotis, vt refert idem *Camill. Borrell. d. tit. de Antephato, num. 32.* hodie tamen adest *Nouella Pragmatica* lata sub Gubernio Ducis Ossu-
5 næ in anno 1617. quæ tàm respectu Regni, quàm Ciuitatis, quàm etiam Nobilium Platearum Capuanæ, & Nidi, quàm demùm Procerum, & Magnatum, certam taxauit summã, secundum quantitatem dotium promissarum, à cuius Pragmaticæ dispositione nullo modo recedi potest; etiam si alitèr paciscantur partes, vt habetur *in d. Pragmatica*, quæ est vnica *sub tit. de donat. propter nuptias*, quam commentarijs illustrauit *Iudex Tassonus.*

Hanc autem donationem propter nuptias, in cuius locum vt diximus succes-

succeßit in Regno Antephatum;non
6 lucrabatur mulier de iure communi;nisi ex pacto, quantumcumq;fuisset promissa, & constitura donatio, vt refert *Napodan. in d. rubr. de iure Quartæ,ex textu in d.auth. æqualitas, C.de pactis conuentis:* At secundum *Consuetudinem* prædictam mulier ex sola constitutione Antephati, lucrabatur illud, etiam sine aliquo pacto de lucrando, ex dispositione dictæ *Consuetudinis*, vt refert idem *Napodan in d.verb.constitutam, versic.& nota hic*, licet vt debeatur requiratur promissio, & constitutio Antephati, aliàs nõn debetur, vt docet idem *Napodan. ibidem*, & hæc est vna ex differentijs inter donationem propter nuptias de iure communi, & Antephatum de iure Consuetudinario Ciuitatis Neapolis.

Altera differentia inter illam, & Antephatum etiam cõstituitur, quoniam de iure communi succedunt
7 filij in donatione propter nuptias ex propria persona, etiam si non sint hæredes patris, vt habetur *in Auth.hæres,C.de secund.nupt.* & dixit *Anna in consil.74. Reg. de Ponte in consil.* 110. 111.& 112. *Burrell.vbi sup. nu.82.& Ingeniosissimus Iureconsultus Fabritius Brancacius in allegationibus pro creditoribus Comitis Montellæ impressis per Taffinum in commentar.super d pragmat.obseru.4.vers.4.* quod quidem procedit etiam attento iure *Constitutionum Regni*, vt habetur *in d cap.165.mulier dotarium*; refert idẽ *Anna in d.consil.74.num.7.& de Ponte in d.consil.110. num.16.* licet contrarium sentiat *Alex. Trentacinq.lib. 3.var.tit.de matrim.resol.3 nu.11.*

Attamen de iure *Consuetudinario* succedunt filij in Antephato vti patris hæredes, quicquid in contrariũ teneat *Afflict. in decis.37. in fine, & dec.314. & Friccia in add.ad Consuet. Quartam autem incip. ad hanc Consuetudinem*: quod quidem ex eiusdẽ *Consuetudinis* verbis satis apertè videtur colligi, dùm asserit, quod vsus-
8 fructus, ipsa muliere mortua consolidatur proprietati, & ad omnes mariti liberos, ex quacump; vxore susceptos, à quo Quartam habet, perueniet. Si ergò ad omnes filios ex quacumq; vxore susceptos, ergò vti patris hæredes accipient, aliàs enim si ex propria persona, non ad omnes, sed ad illos tantùm; qui ex illo matrimonio nascerentur pertineret, & ità videtur sentire *Napodan.in d.Consuet.in verb.sed vbi habet liberos, vers. item quia, & in verb.liberis num.84.*
9 vbi docet, quod præmortuo fratre in vita matris, frater succedit, sequitur *Pisanell.in add.incip.mortuo*, & etiam *Anton. de Alexand.in apostill.incip.ex hac Consuetudine, fol. 152.& additio incerti Authoris ibidẽ incip.nota f.263.* & ità quotidie practicari, & decidi per S. C. dicit *Dom. de Franch.in decis.* 106. *num.7.* contra decisionem *Afflict.* 314. de qua numquam fuisse habitam rationem dixit idem *Pisanell.in add incip.mortuo in fine*, & nouissimè pro indubitato refert *Dom. Reg.Latro in decis.11.nu.7. & dec.63.*

Sed hodie ad tollendas omnes am-
10 bages semper inter cõtrahentes cõsueuit expresse pacisci in capitulis matrimonialibus, etiam secundum *Consuetudinem* contractis, quod Antephatum debeat peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes, vt tradit *Dom. Reg. de Ponte de potestat. Proreg.in tit.de success. mulier. nu.75.* & idem *Reg.Latro dec.69.* vbi de huiusmodi pactionis validitate non esse dubitandum fatetur, & hodie etiã stante *d. nouella Pragmat.* hoc iure vtimur.

Est & alia differentia inter ius cõmune, & Consuetudinarium: Etenim de iure communi proprietas donationis propter nuptias in cuius locũ, vt diximus in Regno successit Antephatum est penès matrem durante
11 viduitate, licet debeat illam reseruare filijs illius matrimonij ex quo dona-

donationem ipsam habuit, vsufructu tantùm sibi concesso, vt habetur in §.*præterea, Auth.neque virum*,ex quo sumpta est *Auth.vxore mortua*, *C.de secund.nupt.* Deindè per *Auth.Vt fratrum filij*, §.*quia verò*, ex quo sumpta est *Auth. Si tamen*, *C. de secund. nupt.* fuit mulieri à secundis nuptijs abstinenti,concessus nedùm vsus antenuptialis donationis, sed etiam tāta proprietatis portio, quanta filiorum quantitas faciat, vt secundum proprietatis rationem, vnius & ipsa filij personā obtinere videatur. Ma-
12 tre verò ad secundas transeunte nuptias, denegabatur olim ei alienandi,& administrādi potestas, & solùm sibi remanente vsufructu cogebatur proprietatem seruate filijs ex præcedenti coniugio susceptis, vt habetur *in l.fœmina,& l.generalitèr, C.eod.tit. de secund. nupt.* posteà verò decreuit *Imperat.*vt mox,quo alteri viro coniuncta est, proprietate ipsa priuetur, cuius statim filij efficiuntur domini, *vt in d.§.si verò expediet,versic.si verò sit soboles,& versic. & generalitèr*, ibi: *Et generalitèr dicendum est, quod omnis eam deserit proprietatis modus in ijs,quæ à priori viro in eam venerunt, & filij ea percipient, & proprietatis erunt domini secundum tempus mox quo mater coniuncta est alij viro*. Si verò filij præmorientur,absq;sobole, ad matrem proprietas antenuptialis donationis redit, vt habetur *in d. §. quoniam infirmas, versic.quia enim, Auth. de nuptijs, & in auth.sed & si quis, C.de secund.nupt.* Si verò cum filijs præmoriatur matri, eius portio ad filios ipsos perueniet, vt decernitur *in eod.§.quoniam infirmas, & §.si verò filiorum alij, Auth.de nupt.*

Ex quibus omnibus reassumendo videtur iure communi inspecto,proprietas donationis huiusmodi residere penès matrem durante viduitate;discedere autem ab ea ad secundas conuolante nuptias, & ad filios, & ex prædefuncto filio nepotes peruenire ex illo tempore, quo alteri nubet.

De iure verò *Consuetudinario* Antephati proprietas numquam discedit à patrimonio viri,nec ab eius hæ-
13 reditate, sed mulier dumtaxat est vsufructuaria donec supersint liberi ex illo matrimonio suscepti, illis autem præmorientibus omnibus,absq; sobole, proprietas statim transit ad illam,& consolidatur cum vsufructu; illa verò præmoriente, vsusfructus extinguitur,& consolidatur proprietati,& pleno iure erit filiorū, non quidem ex propria personā, sed vti patris hæredes; Ideò consueuit apponi pactum, quod in casu quo præmoriatur mulier liberis superstitibus Antephatum perueniat ad filios vti filios, non autem vti patris hæredes, vt post *Reg.de Ponte refert Reg. Latro d.decis.63.num.*

Verùm enim verò, nùm per huiusmodi pactionē præsumantur cōtrahentes voluisse cōtrahere secundum ius commune in omnibus,nulla habita ratione *Consuetudinis*, adeòut Antephati proprietas dici possit cōstituta penès matrem à principio;latè fuit disputatum inter D. Iuliam Albertinam Principissam Sancti Seuerini viduam quond. D. Vincentij Mastrilli iunioris Marchionis Sancti Marzani ex vna; & D. Marianā Mastrillam Marchionissam Sancti Marzani eius filiam, & vniuersalem hæredem dicti Marchionis D. Vincentij patris ex altera.Petierat enim dicta Principissa mater assistentiam super Terra Sancti Marzani pro duc. 4500.sibi debitis ex causa Antephati sibi per dictum Marchionem virū constituti,& promissi,ac pro alijs nōnullis per eam prætensis:& compilato processu fuit causa prædicta cum omnibus annexis, & connexis præuio etiam decreto S.C.compromissa in mei personam antequam ad Consiliarij munus fuissem euectus, & Domini Petri Carauitæ Detij tùnc etiam

etiã Aduocati Primarij, deindè paucis post annis Regij Consiliarij, & mei collegæ, & factis coram nobis pluribus sessionibus latè fuit disputatus articulus ab Aduocatis ambarum partium, & deindè inter nos alia excitata motiua, quæ qualia fuerint, libuit hic proponere, vt daretur materia altiùs indagandi ad veritatem eruendam, quàmuis causa terminata non fuerit.

Pro parte igitur Marchionissæ D. Marianæ ad excludendum tàm credita Principissę matris, quàm aliorũ creditorum D. Vincentij patris; instabatur declarari sibi competere duo credita præcipua super patrimonio, & hæreditate dicti quondam Marchionis patris, & præsertim super Terra Sãcti Marzani; vnum duc. 4750. ex causa Antephati promissi, & constituti in beneficium quond. D. Beatricis Caracciolæ eius auiæ per quond. D. Hieronymum Mastrillum virum: Alterum duc. 8750. donatorum infrà maiorem summam per quond. Regium Consiliarium Vincentium Mastrillum seniorem dicto D. Hieronymo eius filio eiusq; liberis, & descendentibus ex propria persona, contemplatione dicti matrimonij, & pro prędictis duobus creditis sibi licere retinere Terram prędictam Sancti Marzani, exclusis iàm prædicta Principissa matre, quàm alijs creditoribus paternis.

Et quoad primum (nàm de secundo in sequenti) dicebatur pro parte Marchionissæ esse verum in facto, fuisse constitutũ Antephatũ in beneficium dicti D. Beatricis duc. 4750. lucrandũ per eam in casu mortis D. Hieronymi viri, & in omni alio casu secundum vsum, & Consuetudinem Neapolis in scriptis redactã, quæ de lucri factione Quartę loquitur: Cùm pacto tamen, & cõditione quod prędictum Antephatum deberet peruenire ad filios ex dicto matrimonio nascituros post mortem D. Beatricis vti filios, non autem vti hæredes dicti D. Hieronymi patris, non obstante quod alitèr de iure, aut Consuetudine fuisset dispositum: Soluto deindè matrimonio per mortẽ D. Hieronymi superstitibus D. Vincentio filio primogenito, D. Antonio, D. Marcello deindè Iesuita, ac in Iapponia Insula pro Christi fide obtrũcato, & Fr. Io. Baptista Ordinis Cappuccinorum adhùc viuente, ante mortem dictæ D. Beatricis matris prædecessit ipse D. Vincentius primogenitus; relicta tamen ipsa D. Mariana Marchionissa S. Marzani filia.

Defuncta deindè dicta D. Beatrice prætendebat ipsa D. Mariana neptis ad proprietatem huiusmodi Antephati venire ex propria persona vigore prædictæ conuentionis in capitulis matrimonialibus auitis appositæ; quam etiam in nepotes ex-
14 tendi dicebat cum appellatione filiorũ pręsertim in fauorabilibus, etiã nepotes, & neptes venire non dubitetur, ex vulgata *l. liberorum*, *ff. de verb. signif.* *vbi Bart. cæteriq;* & latè *Surd. in decis. 73. num. 10. & 11.* qui loquitur in contractibus. Hinc dispositionem *l. fœminæ*, *C. de secund. nupt.*
15 determinantem lucra maritalia filijs primi matrimonij intelligi reseruata, procedere, & comprehendere etiã nepotes, dixit idem *Surd. in d. dec. 73. num. 10. & seq.* vbi latè *Hodierna in addit.* & idem *in l. hac edictali, q. 41. num. 7. & seq. per text. in l. in quibus, & l. si quis prioris, C. eod. tit.* optimè *P. Molfes. in comment. ad Consuet Neap. par. 3. de succ. ex testam. quæst. 18 nu. 1. cum seq.* & in terminis *l. hac edictali*, firmat *Fontanell. de pact. nupt. claus. 5, glos. 8. par. 4. num. 45.*
16. Ad cuius corroborationem etiam facere videbatur, quod si filius præmoriatur matri, relictis tamen filijs, ijsdemq; nepotibus, tùnc illi filij, siuè nepotes non minùs impediunt consolidationem proprietatis Antephati cum vsufructu in beneficium auię,

ac si

ac si superessent ipsi filij,vt in puncto decisum refert *Dom. de Franch.in decis.469.num.*1.ex eo quia *Consuetudo* loquitur per verbum *liberis*, quod interpretationem recipit, etiam existentibus descendētibus ex filijs premortuis; Et ideò sicuti neptis persona satis est ad impediendam consolidationem proprietatis Antephati in beneficium auiæ, ità etiam mortua deindè auia, debet succedere ipsa neptis ex propria persona in prędicta Antephati proprietate, vigore præfatę conuentionis,quæ etiam nepotes comprehendit ex prædictis.

Addebatur etiam ad fundandum, huiusmodi Antephati proprietatem, non esse iure hæreditario transmissibilem: quod præmortuo filio, portio Antephati non transmictitur ad eius
17 hæredes, sed reuertitur ad matrem æque,ac si filius non extitisset; quia eadem ratio limitat, quando filij nati non sunt,vel quod nati sint, & matri prædecedant, vt ex *Napod. in d. Consuet. Quartam autem in verb. liberis*, & alijs dixit *Anna in d.consil.* 74.*num.*13.& 16. vbi asserit fuisse decisum Antephati proprietatem deuenire ad matrem iure proprio, non autem vti hæredem, & ideò *Hodierna in repet. l hac ædictali,quæst.*46. *num.*29.& 30.infert huiusmodi proprietatem per filium non transmicti authoritate *Fabri in C.lib.*5.*tit.*5. *diffinit.*16.

Quod etiam confirmabatur ratione absurdi vitandi: quia si ipsa proprietas esset transmissibilis, posset etiam à filio in vita alienari, & de ea in morte etiam disponi, antequam moreretur mater, & consequentèr funditus destrueretur dispositio tàm iuris communis, quàm *Consuetudinarij* contrarium disponentium, ex *Soccin.in consil.*38.*num.*11.*vers.Quarto moueor lib.*1. & *Napodan. in d.Consuet. Quartam autem in verb. habet num.*88.*versic.item an possint filij*, vbi
18 apertè tenet viuente matre, & ipsa non consentiente nullo modo posse filium de Antephati proprietate disponere,quę esset ad ipsam post mortem filij peruentura;Ideòq;dùm non est transmissibilis, nepos ex propria persona, non autem vti hæres in illa portione succedere debet.

Insuper dicebatur,quod quęmadmodum in terminis *l.faeminæ,& l.hac ædictali*, filij nil aliud habere dicuntur nisi solam spem (cum certum sit illis nil propriè deberi, nisi parentibus superuiuant,ex adductis per *Hodiernam in d. quæst.*46. *num.*7.) quæ quidem spes cum possit deficere,nul-
19 lo mudo dicitur transmissibilis, *l.sed si plures in princip & l.qui habebat*, *ff. de vulg.* cum alijs per eundem *Hodiernam allegatis num.* 8. & *seq.* ità etiam dicendum erat in hac specie, in qua etiam transmissio proprietatis Antephati in sola spe consistebat, viuente ipsa D. Beatrice vsufructuaria ob defectum acquisitionis non factæ per D. Vincentium filium ob impotentiam acquirendi ex supradictis.

Quinimò quatenùs illa spes fuisset per acquisitionem aliquo modo transmissibilis adhuc fuisset necessarium,vt D. Vincentius dictam Antephati proprietatē actu adeptus esset, vt eam transmictere potuisset ex regula, quod hæreditas non adita, non transmictitur *l.*1.*§.in nouissimo,C.de caduc.toll.*& in terminis *Consuetudinis*
20 nisi fuerit actualitèr agnita portio: proximiores non vi transmissionis, sed ex propria persona succedunt, vt post *Napodan.in Consuet.Si stimorienti,num.*246.& *in Consuet. Et si testator,num.*37.& *alios dixit Consiliar. Pascalis de viribus patr. pot. par.*4.*c.*1. *num.*32.

Prætereà addebatur, quod hæc antephati proprietas numquam exiuit ab hæreditate D. Hieronymi viri, sed stetit in suspenso, donec verificaretur conditio superuiuentiæ au-
21 thoritate eiusdem *Napodan. in d.Cō-*

*fuit.Quartam autem,num.*85. vbi docuit proprietatē huiusmodi, nec vno quidem momento residere in hæreditate filij decedentis sine filijs, sed statim acquiri ipsi matri.Et quamuis *Napod.* loquatur in casu mortis filij sine filijs,idem debet intelligi si cum filijs, sed viuente adhuc matre, quia eius existentia operatur, vt illa proprietas durante eius vita nunquam exeat ab hæreditate viri; sed stet in suspenso, vsquequo videatur exitus superuiuentiæ, ad quod optimè faciunt adducta per *Crauett. in consil.* 275.*num.*1. *versic.vniuersa difficultas, lib.*2. ergò defuncta deindè D. Beatrice illa proprietas, quæ erat in hæreditate viri in suspenso,peruenit ad ipsam D. Marianam neptem non vti hæredem D. Vincentij patris præmortui,sed ex propria persona vigore pactionis in dicti capitulis matrimonialibus appositæ.

Ad quod ponderabantur, etiam verba dictæ pactionis dictantia,quod Antephatum deberet peruenire ad filios vti filios post mortem dictę D. Beatricis, ergò tempus mortis matris erat inspiciendum, vt filij eo tēpore existentes, & superuiuentes acquirere possent. Vndè cùm D. Vincentius filius prædecesserit matri,nō potuit acquirere, nec ad D Marianā eius filiam iure hæreditario transmittere, sed illa ex propria persona vigore prædictæ pactionis succedet, quę pactio etiam nepotes comprehendit.

Concludebatur vltimo, quod licet attenta dispositione Consuetudinis filij succedunt vti hæredes patris in proprietate antephati, quæ numquam ab eius hæreditate discessit, vt superiùs dictum est.Nihilominùs cōtrahentes in nostra hippothesi voluerunt a Consuetudine recedere,& contrahere in omnibus secundum
22 ius commune, dùm per speciale pactum voluerunt quod Antephatum prædictum deberet peruenire post mortem D. Beatricis matris ad filios vti filios, non autem vti hæredes D. Hieronymi patris: Ergò si hoc est secundum dispositionem iuris communis, secundum illud ius debebat decidi hæc disputatio:Quo iure proprietas Antephati est penès matrem durante viduitate,& transit solumodo ad filios,& nepotes ex prædefuncto filio illa transeunte ad secundas nuptias,vt superiùs fundatum est, & ideò debebat attendi tempus mortis matris, penès quam erat proprietas, & consequentèr nepotes ex prędefuncto filio ante mortem matris, ex propria persona ad successionem venient vigore dictæ pactionis, per quam videntur partes voluisse recurrere ad ius commune; quo iure ne-
23 potes ex propria persona succedūt, nedùm respectu aui cōstituentis Antephatum,& auiæ lucrantis, sed etiā respectu eorum patris præmortui, qui non potuit de prædicta proprietate disponere in prejudicium eius filiorum; vt videtur probare *text. in* §. *cum igitur iuncto*, §. *antenuptiali*, *Auth. de non eligend. secundo nuben.* vbi decidere videtur *Imperat.* quod mater sine ad secundas transiuerit nuptias, siuè non, semper filio ab intestato succedit vnà cum fratribus si filijs careat,in ijs tamen, quæ præter donationem ante nuptias filius possidebat; At de donatione prædicta nihil poterit filius disponere, neq; in ipsam matrem in præiudicium filiorum, sed illorum erit solum lucrum eis à lege datum, ità ut non videatur esse pars hæreditatis filij, sed adhuc antenuptialis non abijciens naturam, & adhoc allegabatur *Io.Garronibus inter repetentes in auth.ex testamento,num.*56. & 57.*C de secund.nupt.* & post *Soccin. in consil.*34.*num.*11. *versic.quarto moueor lib.*1.videtur expressius tenere *Ant.n. Fabr. in C d, lib.*5.*tit.*5.*de secund nupt.diffinit.*16.

Quod quidem in cæteris, etiam lucris magis communitèr tenuerunt Docto-

Doctorei, vt ad filios, & nepotes ex propria persona pertineant, *ad text. in Auth. ad eos, C. de secund. nupt. & in Auth. de nuptijs*, *Cancer. lib. 3. var. c. 2. num. 195. & seq. & Noal. de transmiss. cap. 13.* ea ratione quia licet isti nepotes veniant repræsentando patrem prædefunctum, vt per *Ripã in d. Auth. ex testamento, quæst. 7. num. 9.* illa tamen repræsentatio non erit iure hæreditario, & consequenter ex persona patris, sed ex propria persona, & ideò ex illa repræsentatione non tenebitur crediroribus paternis ex his quæ colligit *Robles de represent. lib. 1. cap. 11. per totum*. Idcircò *Zeno Imperator in d. l. in quibus 7. C. de secund. nupt.* decreuit quod si filius patre, vel
24 matre viuente prædecesserit, filijs, nepotibus, vel pronepotibus superstitibus, portio quæ ad ipsum filium prædefunctum debebatur, non ad fratres, vel sorores mortui pertinebit, sed ad eius filios, vel nepotes sola eligendi facultate parenti relicta; quæ tamen eligendi facultas iure nouissimo videtur fuisse deindè sublata, vt habetur *in §. prospeximus, Auth. de non eligend. secunt. nubend. & in §. venient autem talia, Auth. de nuptijs*, vt obseruat *Gudelin. de iure nouissimo, cap. 11. num. 6.* licet *Gloss. in d. §. veniẽt in verb. portiantur*, dicat non esse correctam Zenonis dispositionem. Ergò dicebatur, quod siuè sit correcta, & sublata hæc eligendi facultas siuè non, semper ex hac lege videtur colligi; nepotes ex prædefuncto filio ex propria persona venire, & non tamquam hæredes patris, & consequentèr minimè teneri creditoribus paternis, vt latè probare videtur *Zancha in l. hæredes mei, §. cum ità, par. 4. num. 247. cum seqq. ad Trebell.*

At pro parte Principissæ nonnulla etiam in contrarium non aspernenda allegabantur, quæ non minùs quã superiùs adducta anzam iudicantibus præbebant, licet Aduocati parum in his insudauerint.

Præmittendo pro clariori materiæ elucidatione: quod de iure *Consuetudinario*, mulier defuncto viro libe-
25 ris superstitibus Antephatum ante nouellam Pragmaticam acquirebat, quoad vsumfructum tantùm, remanente proprietate, vt diximus in patrimonio, & hæreditate viri, & illa deindè adita in patrimonio filiorum sed si deindè filij, matri prędecedebãt nullis relictis filijs, consolidabatur proprietas cum vsufructu penès matrem existente, quæ eo casu Antephatum acquirebat pleno iure, vt habetur per *Napodan. & cæteros in d. Consuet. Quartam autem*, & ideò antequam filij præmorerentur, numquam mulier efficiebatur proprietaria, sed tantùm vsufructuaria, vt optimè obseruauit *Reg. Reuert. decis. 23. lib. 1. in manuscript.* vbi expresè asserit, quod Antephatum in vita viri, siuè adsint filij, siuè non, quo ad proprietatem est viri, quo mortuo si adsunt filij proprietas venit ad illos, vsusfructus verò ad vxorem, subdẽs, ità indistinctè ab omnibus teneri in Regno.

Prętmorientibus autem filijs, vt diximus mulier proprietatem etiam Antephati cõsequebatur, quę statim, & in momento consolidabatur cum vsufructu. Hoc autem intelligendum quando omnes præmorerentur filij, cæterum si vnus tantùm existeret impediretur consolidatio proprietatis cum vsufructu, etiam pro rata defunctorum in beneficium matris, quæ etiam vno filio superstite, quamuis
26 non hærede, vel etiam incapace vsumfructum tantùm habere poterat, vt docet *Napod. in d. Consuet. in verb. liberis, de Franchis d. decis. 106. in princip.* optimè in puncto dixit, & decisum testatur *Consiliar. de Rubeis in add ad prædictam Consuet. Quartam autem in d. verb. liberis impress. post Consuetudines incip. an comprehendantur filiæ, fol. 5. per text. in l. filiusfam. §. cum quis, ff. de leg. 1.* de qua decisione

meminit idem *de Franchis in decis. 91. num. 19.* prout etiam in simili vide-
27 mus, quod existentia vnius ex hæredibus institutis facit, vt non possit dici purificata conditio expressa ad fauorem substituti, quamuis ille non esset hæres, & non succederet, vt refert post alios *Gratian. discept. forens. cap. 659. num. 24. & 25. per textum in d. l. filiusfam.*

Idq; eo tantùm casu locum obtinere poterat, si filij omnes prædecederent, absq; liberis, tùnc enim proprietas cum ipso vsufructu in beneficium mulieris consolidabatur, cum parla sint liberos non extare, vel de-
28 cedere absq; liberis secundum eundem *Napodan. in d. verb. liberis in fine*; At secùs iudicandum si filius prædecederet matri, relictis filijs ijsdéq; nepotibus, tùnc enim illi filij, siuè nepotes impedimento etiam erunt nè proprietas cum vsufructu consolidetur in beneficium eorum auiæ, vt iàm diximus *ex decis. de Franch. 469. nu. 1.*

His præmissis in casu proposito dicebamus pro parte Principissæ, ipsã vti creditricem D. Vincentij viri bonum ius fouere: quia cum decessisset D. Hieronymus vir dictę D. Beatricis pluribus relictis filijs, & inter eos D. Vincentio primogenito, proprietas Antephati, quæ semper fuit in patrimonio D. Hieronymi, & deindè in eius hæreditate, non potuit consolidari cum vsufructu in beneficium D. Beatricis, quæ numquam fuit proprietaria, sed semper remansit vsufructuaria, vt dixit insignis *Pisanell. in add. ad d. Consuet. Incip. mortuo.*

Illa autem proprietas, quę erat penès virum, & in eius hæreditate, cum fuerit illa adita per filios, non potuit
29 stare in suspenso, & in concauo lunæ, *ad text. in l. nec vtilem, ff. ex quib. caus. maior.* sed transiuit in ipsos filios, vt tradit optimè *Caldas controu. forens. quæst. 1. num. 16.* siuè vti hæredes vigore Consuetudinis, siuè vti filios ex pacto, & conuentione partium, nàm quoad nostram quæstionem hoc parùm referre existimat idem *Pisanell. vbi sup.* Ideò cum transiuerit in filios post mortem D. Hieronymi, siuè vti illius hæredes, siuè vti filios, certum erat illius portionē fuisse quæsitam D. Vincentio sub cōditione tamen superuiuentiæ, qui ideò vt dominus potuit illam suis creditoribus obligare sub eadem cōditione superuiuentiæ ipsius, & aliorum fratrum, quorum existentia impedimēto erat consolidationi in beneficium matris, ità punctualitèr decisum refert idem *Dom. de Franch. in d. decis. 106.* vbi defuncto vno ex filijs contractis debitis, ac mortua deindè matre altero superstite filio per quem fuerat impedita consolidatio proprietatis Antephati in beneficiū matris, dubitatum fuit an creditoribus competeret actio super portione Antephati, quæ ad prædictum prædefunctum filium spectasset, si in humanis ageret? Et quamuis frater superstes prætenderet ipsi competere integrum Antephatum vti superstiti; Cùm *Consuetudo* mortua matre deferat Antephatum filijs, & sic superstitibus. Nihilominùs contrarium fuit decisum, ex eo quia Antephati proprietas remansit in hæreditate filij præmortui pro rata, ex doctrina *Napodan. in d. Consuet. In verb. habet in versic. & si opponit*, vbi in illa quæstione nùm mater habeat huiusmodi proprietatem iure successionis, vel iure accrescendi, dicit quod iure accrescendi post mortem filij absq; liberis, & dùm opponit quod hæc proprietas est in bonis, & hæreditate filij, & consequentèr deberet habere iure successionis, & vti hæres filij: respondet, quod licet illa proprietas fuerit filij, non tamen relinquitur in hæreditate filij decedentis absq; filis, cum illico eo mortuo accreuerit proprietas vsufructui, adeò vt nec vno momento resideat huiusmodi proprietas in hæreditate vltimi decedē-

tis

tis absq;liberis, vt dixit idem *Napodan.in verb.liberis in fine*,& ideò pertinet ad matrem iure proprio ex pacto antecedenti, & dispositione *Consuetudinis* dùm igitur *Napodanus* expressè tenet, huiusmodi proprietatem statim post mortem patris fuisse acquisitam filijs pro rata, & esse in patrimonio filiorum, vt considerauit etiam *Apostilla incerti authoris in d. Consuet. Incip.nota*, vbi dicit, quod mortuo patre illa proprietas vadit ad filios, & dicitur esse in hæreditate filij; ergò potuit obligari creditoribus sub conditione tamen si mater prædecedat; aliàs statim acquiretur matri exclusis creditoribus filij decedentis fine filijs; vel nullis alijs superexistentibus fratribus; nàm si superessent alij fratres, quamuis non hæredes, vel incapaces, tùnc impediretur consolidatio cum vsufructu in beneficium matris, & illa portio proprietatis, quæ remansit in hæreditate filij, veniet obligata eius creditoribus, qui mortua deindè matre alijs existentibus filijs poterunt super illa portione satisfieri.

Comprobat autem idem *Dom.de Franch.* decisionem prædictam in beneficium creditorum filij ex alijs eiusdem *Napodani verbis in d. Consuet. In verb.liberis*, vbi docet quod quando vnus ex dictis filijs decedit absq;liberis, tùnc succedet frater, &
30 non accrescit matri; Ergò dicit *Dom. de Franchis* si frater succedit fratri, intelligi debet vti hæres, & consequenter tenebitur creditoribus ipsius fratris, casu quo deindè mater præmoriatur.

Prætereà *Napodan. ibidem in d. verb.habet, versic item an possint filij*, mouet hanc quæstionem, an filij pos-
31 sint disponere de ista proprietate per eos acquisita post eorum mortẽ? & respondet, quod non, in casu quo omnes prædecederent absq; filijs, quia tùnc est omninò ad matrem peruentura: Ergò secùs quando non est omninò ad matrem peruentura, quia fortè supersunt alij fratres, vel liberi, vt in casu contingenti, & ideò potuit illam eius creditoribus obligare, vt decidit idem *Dom.de Franch. d. decis.* 106. & meliùs explicauit *P. Molfes.super d.Consuet.par.7.quæst.2. num.8. & 11.* vbi sequendo dictam decisionem fatetur, quod hæc Antephati proprietas est penès filios, licet sub conditione si superuiuant, & iterum *quæst. 14. num. 1. & in addit. ad quæst.10.num.25.*

Neq; hoc casu dicebamus in aliquo officere responsionẽ traditam ad *d. decis. de Franchis* 106. nimirùm quod illa procedat, iuxtà terminos *Consuetudinis*, quo iure secundum prædictas decisiones relatas per *Pisanell.Vrsill.& Reuerter.*succedunt filij vti hæredes, non vti filij, & ideò
32 quia omnes sunt patris hæredes, omnes succedunt pro rata hæreditaria in proprietate Antephati, quod non procedit quando succedunt vti filij ex pacto contrahentium, quia tùnc non omnes succedunt, sed solùm superstites tempore mortis matris, & & consequentèr portio, quæ spectabat ad filios præmortuos, non poterat dici quæsita creditoribus, sed alijs fratribus superstitibus potiùs iure accrescendi, quam iure successionis vti hæredibus fratrum præmortuorũ, vel si ex illis præmortuis superfuerint liberi, ad illos deferetur successio ex propria persona vigore antecedentis pactionis, quæ etiam nepotes, vt diximus comprehendit: & ideò idem *Burrel tom.3.decis.vniuers.tit.8. de Anteph num 98. & 99.* aduertit prædictam *decis.Dom.de Franch.*106. non procedere de Iure communi, quinimò de ea dubitat etiam in terminis *Consuetudinis*, nàm vt ipse dicit mortuo altero ex fratribus, debet illius portio alijs superstitibus accrescere iure accrescendi, quia *Consuetudo* vocauit filios, qui videntur coniuncti re, & verbis, ad notata *in l.re con-*

l.re coniuncti, *ff. de vulg & pupill.* & quia sunt coniuncti coniunctione legali habet in eis locum ius accrescēdi, iuxta doctrinam *Bart. in l. seruus communis, ff. de acquir.hæred.* & refert *Anton. Gomez tom. 1. var. cap. 10 n. 28. versic. ex quo infero.*

Quoniam nullo modo poterat ad casum de quo disputabamus huiusmodi responsio adaptari; Cùm nulla posset allegari diuersitatis ratio, cur secundum *Consuetudinem* portio Antephati acquiri dicatur omnibus pro rata, non autem stante pactione quod succedant vti filij? Etenim de iure communi, quo iure huiusmodi pro-
33 prietas defertur ad filios, iuxtà pactionem, vt ponderant *Afflict. & Vrsillus in d. decis.* 314. & habemus leges expressas, per quas disponitur pertinere ad filios vti filios, non autem vti hæredes, *vt in §. & super his, Auth. de nuptijs*, nihilominùs portio omnibus filijs pro rata, non autem super-
34 stitibus solis acquiritur, adeòvt præmoriens suam portionem ad filios transmictat, ità habetur *in §. venient, & in §. quoniam infirmas, versic. vndè si pluribus*: vbi decernit *Imperator*, quod si pluribus existentibus liberis moriatur vnus, si quidem habeat filios ad illos deferri hæreditatem: & consequentèr vti hæredes, vt reassumit *Petr. Godelinus de iure nouissimo lib. 1. cap. 11. num. 9. versic. quod si aliqui.* Si autem liberos non habeat tūc vadit ad fratres iure accrescendi de
35 iure communi, secundum vnam opinionem: quod quidem ius accrescēdi cessat quando adsunt filij, in quos transmictitur portio etiam non adita, nec acquisita, quia sumus in descendentibus, vt latissimè post alios, *Bellon. de iure accrescend. cap. 7. q. 41. num. 37. & 38. vbi num. 45.* hoc ampliat etiam si coniunctus sit quoq; testatoris filius, ea ratione quia po-
36 tentiùs est ius transmissionis, quam ius accrescendi, vt dicit *Bald. in l. vnic. C. de his qui ante apert. tabul. col. 1. Iaf. in l. 1. C. quando non pet. part. n. 25.* & notat *Anton. Gomez. tom. 1. var. c. 9. sub num. 50. versic. secundo non obstat*, & fusè idem *Præs. Bellon. d. cap. 7. q. 41. num. 6.* vbi innumeros allegat.

At secundum aliam opinionem etiam de iure communi, fratribus nō accrescet iure accrescendi, sed iure
37 successionis, ex *textu in d. §. quoniam infirmas, & §. si verò non habeat*; ibi: *Reliquum verò concedere in filij venire successores, siuè fratres sint, siuè extranei fortè*: & subdit *Imperator siuè disponant substantias suas, siuè intestati moriantur*, ex quo *text.* sumpta est *Auth. sed & quis, C. de secundis nuptijs*, & consequentèr videtur successio deferri ipsis fratribus, vti hæredibus fratris præmortui quod non esset, si iure accrescendi illis portio acquireretur; Ergò si portio pro rata acquiritur filio, potuit illam creditoribus obligare, sub conditione tamen superuentiæ vt diximus.

Sed si hoc in dubium vertitur de iure communi, quomodo poterit cōtrouerti de iure *Consuetudinario*, quo iure vocantur filij vti hæredes vt supra diximus, & propterea nullo modo locum habere poterat ius accrescēdi, prout malè existimauit *Borrellus*, qui proindè malè sensisse videtur contra *Dom. de Franchis d. decis. 106.*

Neq; his obstare, videbatur replicatio, quod huiusmodi lucrorū proprietas cōpetat etiam nepotibus ex
38 propria persona quando filij prædecedunt, vt in terminis *l. fœmina, & l. hac edictali, C. de secund. nupt.* probat *Surd. d. decis. 37. nu. 10. & seq. vbi Hodiern* & cæteri superiùs adducti per *tex. in d. l. in quibus, & l. si quis prioris, C. eod. tit.* & proindè cum D. Vincentius prædecesserit D. Beatrici eius matri, succedere debebat D. Mariana neptis ex propria persona saltem ex pacto inter contrahentes inito, quod etiam nepotes comprehendit.

Quoniam hoc, (quatenùs etiam de iure communi procederet, prout contro-

controuersum esse apparet ex supradictis)non bene tamen applicabatur ad casum: Et in hoc magna erat æquiuocatio; Punctus enim difficultatis videbatur consistere, cuius nè mors attendi deberet; nùm patris, vel matris, ad finem decernendi, quibus nā huiusmodi Antephati proprietas acquisita dici posset; filijs nè, an verò nepotibus ex propria persona?

Et dicebam huiusmodi difficultatis examen, ab illo dependere articulo; penès quem nimirùm proprietas illa Antephati consisteret; nàm si penès patrem, illius mors attendi debebat; si verò penès matrem illius mortis tempus esse obseruandum.

Et pro resolutione repetendū dicebā; idquod superiùs adnotauimus; nēpè quod aut attendere volebamus ius cōmune, & tūc quia illo iure proprietas donationis ante, vel propter nuptias est penès matrem viduitate durāte, benè procedebat replicatio: quia si filius prædecesserit matri, succedet nepos ex propria persona ex pacto, vel legis dispositione *d. l. si quis prioris*, quia illius mortis tempus attendi debet cum proprietas penès illam sit.

Aut verò ius *Consuetudinariū*? Et tùnc nō attenditur tēpus mortis matris, sed patris, ea ratione quia proprietas Antephati, numquā transiuit in matrē, quę semper fuit vsufructuaria, & illa proprietas semper fuit in patrimonio, & in hæreditate viri mortui cum filijs, qui impedimento fuerunt nè consolidaretur cum vsufructu; vndè tempus mortis patris attendi debet, non matris, vt optimè dixit *Napodan. in d. Consuet. Quartam autem in verb fructus, num.* 80. *versic. respondeo, & Pisanell ibid. in addit. incip: ad intellectum, fol.* 250. & tenuit etiam *de Ponte in consil.* 113. *num.* 12. *vol.* 2. Propterea si tempore mortis viri, supersunt filij, omnes acquirunt portionem proprietatis Antephati, quæ remanserat in patrimonio, & hæreditate illius, nec potuit adita iàm hæreditate stare in suspenso, & ideò in filios ipsos transiuit siuè vti hæredes, siuè vti filios ex pactionis conuentione, quamobrē illius dominiū filij acquisiuerunt sub conditione tamen superuiuentiæ, vt dicit idem *Napodan. in d. Consuet. In verb. habet, num.* 87. Ergò nullo modo poterant nepotes ex eis, portionem illam prętendere ex propria persona ob existentiā patris; qui illos præcedebat in gradu, vndè necessariò debebant nepotes succedere iure transmissionis, & consequentér iure hæreditario, & tamquam hæredes transmictentium, ad notata *in l. qui se patris, C. vndè liberi*, tenet optimè *Castr. in l si quis la seconda, num.* 3. *versic sed dubium, & ibidem Ias. num.* 3. *versic. sexto limita, C. de inoffic. testam. Ripa in l. hæredes mei, §. cum ità, num.* 63. vbi etiam *Zancha num.* 201. *ff. ad Trebell.* cum alijs adductis per *Noalem de transmiss. in princip. tract. num.* 4. *& Bellon. de iure accresc. d. cap.* 7. *quæst.* 41. *in princip.*

Vndè cùm in casu currenti, tēpore mortis D. Hieronymi viri D. Beatricis superfuerint D. Vincentius, & cęteri fratres, qui illius Antephati proprietatem acquisiuerunt pro rata, nullo modo poterat D. Mariana filia D. Vincentij ex propria persona succedere D. Hieronymo auo in prædicta proprietate, ob existentiā D. Vincentij patris, qui illam præcedebat in gradu, & portionem illam pro eius rata iàm acquisiuerat; sed tantùm poterat succedere ex vi transmissionis, & vti illius hæres; & consequentèr creditoribus obnoxia. Et quamuis deindè D. Vincentius prædecesserit D. Beatrici eius matri, parùm hoc referebat, quia per existentiam aliorum fratrum, nil aliud acquisiuit D. Beatrix nisi solùm vsumfructum, non autem proprietatem; & ideò sufficere dicebam, quod tempore mortis patris penès quem erat proprietas, fuerit superstes filius, ad finem illius

portio-

portionem acquirendi, & vt impedimento esset nepoti, nè posset portionem illum prætendere ex propria persona.

Neq; ei poterant in hoc aliquod iuuamen afferre, verba conuentionis in capitulis matrimonialibus appositę, nimirùm quod post mortē D. Beatricis deberet Antephatum peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes D. Hieronymi, quasi cōsiderari, & attendi voluerint tempus mortis D. Beatricis; quoniam hoc intelligi debebat, quoad plenariam

39 acquisitionem proprietatis scilicet, & vsusfructus, purificata iàm conditione superuiuentię, non autem quoad proprietatem tantùm, quæ iàm fuerat acquisita filijs statim post mortem patris cum non potuerit stare in suspenso ex supradictis.

Nec illud pactum quod perueniat ad filios vti filios poterat extendi ad nepotes, quando aderant filij, qui nepotes præcedebant in gradu, & illud pactum iàm habuit effectum in filio, qui in illa portione iàm successit vti filius sub conditione tamen superuiuentiæ; præcipuè si attendere

40 volebamus verba conuentionis, quę loquebatur tātùm de filijs D. Hieronymi vnde non debebat, nec poterat extendi ad illos, de quibus pactum non fuerat loquutum, & sic de filijs D. Vincentij, & præter disposita per *Consuetudinem*: quę duo disponit, nimirùm quod Antephati proprietas sit in hæreditate patris constituentis, & etiam in hæreditate filij acquirentis, sed pactum loquebatur de vno tantùm scilicet de patre constituente, non autem de filio, ergò debebat hoc remanere sub dispositione *Consuetudinis*, vt scilicet nepotes succedant vti hæredes filij ex vi transmissionis.

In vno tamen casu possent nepotes vigore dictæ cōuentionis ex propria persona succedere quando scilicet filij præmorerentur patri relictis filijs iisdemq; nepotibus, & sic

41 antequam proprietas illa, quæ erat penès patrem, ipsi filio acquireretur; tùnc enim nepotes, qui non succedunt filio, eidemq; patri, sed auo, poterunt ex propria persona vigore dictæ pactionis succedere representādo patrem, quia appellatione filiorum veniunt nepotes, & procedunt *text. in d. l in quibus, & l si quis prioris, C. de secund nupt.* & hoc casu etiā procedūt dicta per *Fontanell. claus. 5. gl. 8. par 4. num. 52.* quod dispositio *l. hac edictali*, procedit nedùm respectu filiorum ex primo matrimonio susceptorum, qui eo casu succedunt vti filij, vt dixit idem *num. 45.* sed etiam respectu nepotum ex filio prèmortuo, vt nequeat nimirùm relinqui secundo coniugi plusquam sit relictum vni ex nepotibus filij ex primo matrimonio præmortui, & post antiquiores allegat *Surd. in d. decis. 72. num. 11. Cancer. lib. 3. var. cap. 2. num. 197. P. Sanchez de matrimonio lib. 7. disput. 89. num. 12. & P. Molfes. sup. r. Consuet. Neap. par. 3. de success. ex testam. quæst. 18. per tot. & par. 4. de success. ab intest. quæst. 45. num. 69.* Sed nullo modo poterunt succedere nepotes auo ex propria persona si iàm filius successit patri, eidemq; auo, & illius Antephati portionem acquisiuit, quia tùnc pater, qui eos præcedit in gradu impedimēto est nè ex propria persona succedant, sed tantùm ex vi transmissionis iure hæreditario, quod etiam de *Iure Authenticorum* sancitum esse videtur in *d. §. venient autem talia, versic. ideoq;* vbi statuit *Imperator Iustinianus*, quod vnusquisq; filiorum, suam habeat portionem, & si filios habeat, ad eos illam transmittat; Ergò hæreditario non autem iure proprio, prout etiam decreuit *in d. §. quoniā infirmas, vers. quia enim*, vbi ait, quod si pluribus existētibus filijs moriatur vnus, siquidē habeat filios, ad illos ferre hęreditatē, ergò vti hæredes nō vti filios.

Et

Et ideò cum in casu disputationis iàm D. Vincentius filius ob mortem D. Hieronymi patris, acquisiuerat Antephati portionem, etiam vti filius ex propria persona vigore dictæ conuentionis: nullo modo poterat D.Mariana neptis succedere ex propria persona vigore dictæ pactionis, quæ iàm habuit effectum suum in filio, qui illam præcedebat in gradu.

Potuisset etiam adhoc allegari *text.in d.§.si verò filiorum*, *Auth.de nuptijs*, vbi his verbis loquitur *Imperator.Si verò filiorum, alij quidem in-*
42 *ter viuos sint, alij verò defuncti quidem sint, filios autem relinquant, defuncti portionem illius damus filijs si hæredes sint patris, alioquin ad fratres deducimus*, vbi *Angel.summat*, quod portio filiorum mortuorum, ad quos deuenerunt lucra nuptialia, transmittitur ad eorũ filios hæredes: Et propterea ex his videbatur decidi, quod nepotes veniant iure transmissionis vti hæredes: Et quamuis posset replicari hoc intelligi debere, vt debeant esse hæredes in alijs bonis, non autẽ in huiusmodi portione, prout in simili deciditur *in cap. 1. an agnatus*, vbi filius in feudo ex pacto in quo ex propria persona succedit, debet etiam esse hæres patris in cęteris bonis, prout respondebat noster coarbitrer, & dicebat hoc probari per illa verba subsequentia eiusdem *text.* ibi: *Alioquin ad fratres deducimus*, quasi iure accrescendi, quotiescumq; filius nolit esse hæres, nec possit defunctus alios extraneos instituere.

Nihilominùs replicari, & responderi posse dicebamus; quod licet ad fratres iure accrescendi illa portio pertinere videatur hoc iure *Authenticorum* attento; Tamen ad filios nullo alio iure, nisi transmissionis, & sic hęreditario pertinebit; quia transmissio
43 nil aliud est, quàm iuris, quod defunctus habuit in hęredem translatio, *ex text.in l.vnica,C.de his qui ant. apert.tabul.* cum alijs per *Bellon. d.c.7. quæst.41. in princip.* quæ transmissio facit cessare ius accrescendi, cum potentior illo sit vt supra diximus; Nec mirùm si in casu, quo nollet filius esse hæres, deducatur portio ad fratres, quia si transmissarius partem ad se transmissam repudiet facit locum
44 iuri accrescendi, *l.si mihi,& sibi 12.in princip.ff.de legat.1.* & refert *Bellon.d. cap.7.quæst.41.nu.15.& seq.& nu.48. cum seq.* & ideò cùm nos essemus in casu succcessionis filiorum, & nepotum satis erat ostendisse ad illos portionem nullo alio iure pertinere posse quam transmissionis, & consequẽtèr iure hæreditario.

Verũ .n. verò possent hæc omnia aliquo modo in dubiũ reuocari iuris cõmunis dispositione attẽta, quo iure Antephati proprietas, siuè donationis propter nuptias semper fuit in matre viduitate durante, & filij, &
45 deinceps nepotes ex propria persona ad successionem vocantur, adeòvt nequeat filius, qui in dicta portione vti filius successit, suos filios, eosdẽq; nepotes illa portione priuare, & alijs relinquere, vt habetur *in d.§.cum igitur iuncto,§.antenuptiali,Auth.de non eligend.secund.nubent.* adeòvt, etiam quod illa portio per aditionem effecta fuerit proprium eiusdem filij patrimonium, adhuc tamen antenuptialis donationis naturam retineat, & in ea nepotes proprio iure succedant, ibi: *Sed hoc filiorum solùm sit lucrum eis à l'ge datum, & non videatur esse pars hæreditatis filij, sed adhuc antenuptialis donationis non abijciens naturam*, vt benè obseruat *Ant.Fab. in C.d tit.5.lib.5. diffinit.16. num.4.& Io.de Garronibus in d auth.ex testamẽto,num.56.C.de secund.nupt.* post *Glos. in d.§.cum igitur in verb.post antenuptialem.*

Sed attento *Consuetudinario* huius Ciuitatis iure, quo non reperitur determinatum nepotes in Antephato ex propria persona succedere, sed vti hæredes, prout etiam succedunt filij

filij sicut decisum fuit per S.C. teste *Dom. de Franchis in decis. 106. & Reg. Reuert. in decis. 23. & Molfes. vbi sup.* hæc omnia nullo modo difficultari posse videbantur ex supradictis.

Nec poterat in aliquo officere pactum, siuè conuentio sæpiùs repetita, nimirùm quod proprietas huiusmodi Antephati peruenire deberet ad filios vti filios, non autem vti hæredes patris, quasi ex hoc voluerint partes recedere in totum à dispositione Consuetudinis, & recurrere in omnibus ad ius commune, præcipuè cum se submiserint dispositioni Consuetudinis respectu illius dumtaxat lucri factionis, de qua in præsenti casu non agebatur, & propterea præsumendum voluisse in cæteris remanere sub dispositione iuris cõmunis, quo iure proprietas est penès matrem, & filij succedunt vti filij non vti hæredes, cum sit lucrum filiorum, imò & nepotum, qui etiam ex prosona succedunt, cum nequeat pater de illa portione in eorum præiudicium disponere. Quoniã replicabatur; hoc assumptum minimè probari, nimirùm per illam conuentionem, præsumi voluisse partes recedere in totum à iure Consuetudinario, & in omnibus se remictere iuri communi. Etenim certum erat in facto fuisse per D. Hieronymum virum constitutum Antephatum in beneficium D. Beatricis, lucrandum per eam in casu mortis D. Hieronymi viri, & in omni alio casu secundum vsum, & Consuetudinem Neapolis in scriptis redactam, cùm illo pacto, &c. Et consequentèr in omnibus voluisse
46 contrahere secundum Consuetudines patriæ, prout vnusquisq; contrahere voluisse præsumitur, quia dicuntur ius commune in Ciuitate, sicut Constitutiones in Regno, & habent vim legis cum fuerint per Re-
47 gem Carolum approbatæ, vt legitur in earum proemio, & refert *Minadous in Constit. Regni In aliquibus in 2. not. nu. 97.* ideò secundum illarum dispositionem debet ante omnia iudicari, vt dicit *Napodan. in Consuet. Si quis aliquem sub num. 2. sub tit. de pignor. & de Franchis in decis. 149. & 563. num. 4. & seq. & P. Molfes. par. 1. cap. 5. num. 1.* & latiùs per meum *Genitorem in consil. 53. num. 3. lib. 2.*

Propterea licet addiderint illam pactionem, scilicet quod Antephatum deberet peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes patris, non proindè voluerunt recedere in omnibus à dispositione *Consuetudinis*, & redire ad ius commune: sed solùm voluerunt prospicere filijs ex illo matrimonio, nè proprietas illa remaneret obnoxia creditoribus viri, & sic quasi donando illis proprietatem in casu tamen superuiuentiæ, sed penitùs cogitauerunt in omnibus redire ad ius commune, & quod proprietas esset penès matrem, & quod lucrum illud pertineret ad filios, qui nequirent de illo disponere in præiudicium nepotum, ità vt in omnibus haberet locum ius commune, nàm si hoc cogitassent, contradictionem induxissẽt in codẽ cõtextu; nec adesset casus, quo locũ sibi vindicare posset consuetudo, secundum cuius dispositionem protestari fuerunt partes voluisse contrahere; proùt etiam si non dixissent, adhùc secundũ illam præsumerentur contraxisse: Et quamuis expressẽrint partes casũ lucrifactionis antephati, non tamen ad illum tantùm casũ se restringere voluerũt, tum quia addiderunt, & in omni alio casu, tùm etiam quia *Cõsuetudines*, vt diximus sunt ius commune in Ciuitate, & secundum illas dicuntur partes in omnibus contraxisse; præterquàm quod non insulsè dici poterat, casum lucrifactionis, hæc omnia etiã compræhendere; quoniam lucratur mulier Antephatum, quoad proprietatem non existentibus liberis, vel illis præmorientibus; illis verò superuiuentibus; lucratur quoad vsumfructum

ctum tantùm; ergò proprietas fuit sẽper penès patrem, & in illius hæreditate remansit, & deindè transiuit in filios, & consequenter tempus mortis patris attendi debet, non matris, quæ semper fuit vsufructuaria; & proindè dicebam nos esse in casu lucrifactionis, in quo partes expresè dispositioni *Consuetudinis* se submittere voluerunt, & secundum illius dispositionem contrahere: ideò solũ illud pactum apposuerunt, vt filijs consulerent ad exclusionem creditorum patris, non autem vt in omni-
48 bus inducerent ius commune; Aliud enim est non habere locũ *Consuetudinẽ*, quod quidẽ in illo tantùm casu voluerũt partes; Aliud autem est habere locum ius commune, quod non dixerunt contrahentes, vt post *Napod.* dixit optimè *Anna in allegat.* 117. *sub num.* 14. *versic. nec obstat*, & idem *Napod. in Consuet. Sed si morientis in verbo neptes, n.* 272. *vers. & idem dico.* Et hoc videbatur etiam colligi ex eiusdẽ pactionis verbis dũ dixerunt, quod deberet Antephatum peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes D. Hieronymi, ergò de filijs D. Hieronymi cogitarunt, nõ autem de nepotibus, qui sunt filij D. Vincentij vt diximus.

Et ideò huiusmodi pactio debebat restringi ad casum de quo dũtaxat loquebatur, nimirùm vt filij vti filij succederent, nõ autem vt ex hoc redderetur ad ius cõmune in omnibus, quia esset extentio vltra contrahentium mentem, & ad id de quo partes pænitùs cogitauerunt, quod si voluissent, facillimè expressissent, prout videbatur in casu fortiori decisum nimirùm, quod inter contra-
49 hẽtes more Magnatum, quod idem esse quod ius commune per omnium ora versatur, & tamen quia in dubio partes censentur contrahere secundum Consuetudines Neapolis, quæ sunt ius commune in Ciuitate, & re vera mos Magnatum nõ est idem in
50 omnibus, quod ius commune, vt refert pro absoluto *de Ponte in cons.* 61. *num.* 74. & comprobat *Reg. Consiliar. Marcianus meus genitor in consil.* 53. *num.* 6. *cum seqq. lib.* 2. fuit decisum, quod filij succederent vti hæredes, non autem vti filij, & consequentèr secundum ius Cõsuetudinariũ, quod attendi debet ante omnia, nõ autem secundũ ius cõmune, vt refert idem *de Ponte* licet inuitus *de potest. Proreg. tit.* 9. *de success. mulier. num.* 25. quicquid ipse contrarium consultauerit *in consil.* 113. *num.* 12. *vol.* 2. *in causa Comitis Montellæ*; cuius sententiæ verba refert *P. Molfes. p.* 1. *cap.* 3. *n* 21. & refert etiam *Dom. de Franchis d. decis.* 106. *& meus genitor d. consil.* 53. *d. nu.* 7. *vol.* 2. sicut etiam practicatur hodie in terminis nouellæ *Pragmaticę*, nàm passim in capitulis apponitur hoc pactum, & nihilominùs non per hoc intelligitur fuisse contractum secundum ius commune.

Et nè deficere videretur pũctualis doctrina, nimirũ quod quãdo per pactũ proprietas Antephati vadit ad filios vti filios, quod succedatur eis iu-
51 re hereditario per transmissionẽ, allegabatur *Affl. in d. dec.* 314. *in secundo dubio*, vbi asserit quod soror quæ renunciauit, non potest succedere fratri, qui successit in Antephato vti filius non vti hæres, quia cum soror non possit ex propria persona succedere, eo quia iàm consolidatio habuit effectum suum in fratre, sed tantùm vti illius hæres, excludetur renunciatione; Ecce quod etiam in casu quo filius successit vti filius, non tamen soror succedit ex propria persona, quia iàm illud pactum habuit effectum in personam fratris, sed tantùm potuit succedere vti hęres, & propterea obstabat renunciatio, & ideò benè procedit *decis. Domini de Franchis* 106.

Et propterea dicebamus, quod cũ tempore mortis D. Hieronymi patris, remanserint D. Vincẽtius filius, & cæte-

& cæteri fratres, quibus fuit acquisita rata portionis proprietatis Antephati, & impedita consolidatio cum vsufructu in beneficium D. Beatricis matris, nullo modo poterat D. Mariana neptis ex propria persona succedere, sed tantùm iure hæreditario transmissionis, & proindè obnoxia creditoribus paternis ex supradictis.

Nec vllo modo obstare dicebam in contrarium opposita, & primùm, quod sicut nepotis persona sufficit ad impediendam consolidationem, ità etiam debeat ex propria persona succedere quando pater idemq; filius prædecessit matri, siuè auię. Quia illud procedere posset de iure communi, quo iure illa proprietas est penès matrem, & ideò tempus illius mortis attendi debet, sed non procedet de iure Consuetudinario in quo versabamur, quo iure proprietas numquam fuit penès matrem, sed penès virum, & in illius hæreditate, & ideò illius mortis tẽpus attẽdi debet, & propterea existẽte filio, nõ poterit nepos ex propria persona venire, cùm ab illo præcedatur in gradu.

Nec facit, quod huiusmodi portio non sit transmisibilis, sed reuertatur ad matrem æquè, ac si filius non extitisset: quia hoc procedit quotiescunq; filius prædecessit matri, absq; filijs, tùnc enim non trãsmictitur portio proprietatis ad extraneos, sed reuertitur ad matrem, quia illa portio est penès filium sub conditione superuiuentiæ, & ideò si non purificatur conditio non habet locum transmissio, ex dictis per *Napodan. in d. Consuet. Quartam autem in d. verb. liberis*, & procedunt dicta per *Hodiernam in l. hac edictali, q. 46. nu. 29. & 30. ex Fabro in Cod. d. tit. 5. lib. 5. diffin. 16. post Annam in consil. 74. num. 13. & 16.*

52

Sed secùs erit si purificetur cõditio, quia filius qui prædecessit matri, reliquerit filios, qui impediunt consolidationem, vel supersunt alij fratres, qui etiam impedimento sunt nè consolidetur proprietas in beneficium matris, tùnc enim illa portio benè transmictitur ad hæredes, & obligatur creditoribus, vt decisum refert *de Franchis d. decis. 106.*

Nec aduersabatur eiusdem *Napodani* doctrina *in eadem Consuet. In verbo habet, nu. 88.* dicentis non posse filium de prædicta proprietate disponere, quæ est post mortem filij ad 53 matrẽ omninò peruentura: quia benè dixit de illa portione, quæ esset ad matrem omninò peruentura, puta in casu mortis filiorum sine filijs viuente ipsa matre, ità ut consolidetur proprietas cum vsufructu ex defectu conditionis superuiuentiæ; At secùs si ad matrem non sit peruentura, quia mater prædecessit, & sic fuit purificata conditio superuiuentiæ filiorum, qui impediant proprietatis consolidationem in matris beneficium; tùnc enim benè poterunt filij de portione proprietatis disponere, licet sub conditione, & in sola spẽ consistat, & procedit dispositio *textus in §. ex cõditionali Institut. de verb. obligat.*

Vbi quàmuis consisteret ius in sola spè, transmictitur tamen, sub conditione, & illa purificata acquiritur hæredi, licet actu acquisita non fuerit, ibi: *Spes est debitum iri*, præcipuè in descendentibus in quibus procedet transmissio portionis, etiã non agnitæ vt superiùs diximus, ex deductis per *Bellon. de iure accresc. d. cap. 7. quæst. 41. num. 37. & 38. & 45. cum seqq.*

Nec etiam in aliquo officere dicebam doctrinam eiusdem *Napodani* 54 per partem ponderatam *in d. Consuet. nu. 85.* docentis, huiusmodi proprietatem numquam extitisse ab hæreditate viri, nec vno quidem momento residere in hæreditate filij, & consequentèr stare in suspenso, donec verificetur exitus superuiuentiæ: quoniam non dixit *Napod.* quod hæc

hæc proprietas numquam exiuit à patrimonio viri, vel quod non transiuit in filios, vt pars assumebat; sed potiùs contrarium, nimirùm quod transit in filios; inquit enim *Napodanus*, quod nec per momentum remã-sit in hæreditate filij, ergò necessariò dicendum est, ex *Napod.* quod transiuit in filios, licet non remanserit in illorum hæreditate: non enim dici poterit remansisse, vel non remansisse in hereditate alicuius, nisi anteà ad illum peruenerit, & in illius fuerit patrimonio:& ideò sensus *Napod.* fuit dicere, quod portio proprietatis iàm peruenit in filios; sed non remã-sit in illorum hæreditate, nec per momentum in casu in quo ipse loquitur, scilicet quando filius decederet, absq. filijs, & nullis alijs existentibus fratribus, qui impedirent consolidationem proprietatis cum vsufructu in beneficium matris; & benè dixit, quia tùnc statim accrescit matri ex pacto antecedenti, & consolidatur proprietas, ac si numquam illa fuisset acquisita filijs, nec fuisset in illorum patrimonio, ex beneficio *Consuetudinis*: sed in casu quo alij superessent fratres, vel filius decederet cum filijs, quorum existentia impedimento est consolidationi in beneficium matris, tùnc nedùm proprietas verè fuit in patrimonio filij, prout semper fuit, verùm etiam in eius hæreditate remansit, adeòvt præmoriente matre, & consequentèt extincto vsufructu, succedet deindè nepos vigore transmissionis vti hæres, & consequentér tenebitur creditoribus, & legatarijs, *ex Noal. de transmiss. vbi sup.* & aduertit idem *de Franchis d. decis.* 106. *& Reg. Reuert. d. decis.* 23. *lib.* 1.

55 Doctrina autem *Crauetta in cons.* 285. *num.* 2. quod attendatur tempus mortis matris, cuius existentia operatur, vt proprietas durante eius vita numquam exear ab hæreditate viri, nec acquiratur filijs, sed stet in suspẽ-so, donec videatur exitus superuiuentiæ, parùm etiam obstare dicebatur; nàm loquitur in ipsis lucris nuptialibus inspecto iure communi, quorum proprietas est penès vxorẽ, licet per transitum ad secundas nuptias efficiatur vsufructuaria, & ideò proprietas stat in suspenso donec videatur exitus superuiuentiæ; sed in casu *Consuetudinis*, res aliter se habet, vt diximus, nàm vxor numquam fuit proprietaria, sed semper vsufructuaria, & illa proprietas fuit in patrimonio viri, & in illius hæreditate, & deindè trãsiuit in filios sub conditione tamen si superuixerint, vndè benè potuit creditoribus obligari sub illa etiam conditione ex dictis per *Dom. de Franchis, Reuert. & alios.* Præterquàm quod *Crauett.* non dixit proprietatem non posse obligari: sed tantùm asseruit, quod si mulier vsufructuaria vsumfructum alienauit, filij illum vendicare nequibunt, quod nihil ad Rhombum.

Ex quibus omnibus concludendum dicebam proprietatem Antephari fuisse acquisitam pro rata ipsi D. Vincentio filio vti filio, nec potuisse D. Marianam neptem illam iure proprio prætendere, sed tantùm iure transmissionis, & vti illius hæredem vigore *Consuetudinis*, cuius dispositio attendi debebat, parùm refragante conuentione inter partes inita, per quam non inducebatur in omnibus ius commune, & consequẽtèr potuisse portionem illam obligari creditoribus filij, & pręcipuè Principissæ vxori, non obstantibus prætensis per D. Marianam filiam

Hæc causa non potuit terminari, quia post multas sessiones habitas; ego in Regiorum Consiliorum numerum ex munificentia Catholicæ Maiestatis fui assumptus; nec ampliùs de ea fuit loquutum. Attamen dùm idem prorsùs casus accidisset in liberatione depositi Terræ Garausij inter Philippum, & alios fratres de Palo: cum alijs creditoribus

quond. Hectoris de Palo patris dictorum fratrum. Fuit sub die 12. Iulij 1653. me referente per S.C. decisum ad fauorem creditorum dicti quond. Hectoris, exclusis dictis Philippo, & fratribus de Palo nepotibus. Cùm enim fuisset contractum matrimonium inter quond. Lelium de Palo Baronem Terræ Garausij,& D.Vittoriam Sanseuerinam cum dote duc. 4000. & fuisset constitutum Antepharum duc. 2000. cum clausula, quod deberet peruenire ad filios vti filios, non autem vti hæredes: prędecessit Lelius relictis duobus filijs Hettore nimirùm,& Io. Baptista, & ideò D. Vittoria remansit solùm vsufructuaria; prædecessit deindè Hector relictis dicto Philippo, & fratribus eius filijs, ac etiam superstite Io. Baptista fratre, ac demùm defuncta D.Victoria; prętendebant dictus Philippus, & fratres de Palo nepotes succedere in portione proprietatis Antephati ex propria persona vigore dictæ pactionis exclusis creditoribus dicti quondam Hectoris patris, ac Io.Baptistæ patrui. Sed S. C. liberauit depositum pro rata dicti Antephati; prædictis creditoribus quondam Hectoris, & Io. Baptistę, non obstantibus prætensis per dictos Philippum, & fratres de Palo nepotes ex allegatis in hac disputatione, penès Lælium Clauellum Actorum Magistrum.

SVMMARIVM.

1 *Clausula apponi solita in cōtractibus,* Pro quibus omnibus obseruādis, *non extēditur,nisi ad promissa per cōtrahentes in ipso contractu.*
.. Sed si nihil donatarius promisit, sed tantùm donationem acceptauit cum onere, nihil promittendo, non obligatur, neq; in actione personali, neq; in hipothecaria per dictam clausulam.

2 *Verbum* Conuenit, *necessariò comprehendit vtrumq; contrahentem.*
.. Conuentio enim duorum est.
.. Sed intelligitur: quando hoc verbum fuit prolatum ab vtroq; contrahente, vel impersonalitèr, puta fuit conuentum.

3 *Donatarius quamuis nihil promittat, sed tantùm donationem acceptauerit cum onere illam restituendi alijs, tenetur tamen ex dispositione* d. l. quoties,C. de donat. quæ sub modo, *actione personali ad restituēdum.*
.. Ergò benè ad dictam actionem personalem, qua ex legis dispositione tenetur, poterit adijcere hipothecam in dicta clausula, Pro quibus omnibus.

4 *Assensus opitulatur, si in eo fiat mentio donationis cum onere restituendi, ex qua oritur actio personalis, & fiat etiam mentio clausulę,* Pro quibus omnibus, *ex qua constituitur hipotheca etiam bonorum feudaliū, quamuis sit stricti iuris sicut iuramentum.*

5 *Super actione personali inducta à lege, non potest accedere hipotheca, nisi illa actio personalis deducatur in pactū secundum Beroum.*

6 *Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur cum omnibus qualitatibus.*
.. Sed hoc intelligitur in qualitate substantiali, non accidentali, nu.8.

7 *Clausula, quod succedant filij, & descendentes sexus, & ætatis prærogatiua seruata, idem videtur cōtinere, ac si dictum esset quod succedant de iure francorum.*

9 *Expressio eius, quod tacitè inest operatur, quando exprimitur alio modo quo inest.*

10 Auth. res quæ, C. commun. de leg. *procedit etiam in restitutione Antephati.*
.. Etiam quod adesset probibitio ex causa dotis.
.. Et procedit etiam in nepotibus, & neptibus natis post mortem fideicommittentis.

.. Praci-

.. *Præcipuè si fuerint nati ex filio nato viuente testatore.*

11 Auth.res quæ,*non procedere in fideicommisso facto in contractu tenuerunt nonnulli.*

.. *Sed contrarium tenuerunt alij.*

12 *Beneficium dictæ* Auth. res quæ, *est subsidiariũ, tamen si res libera reperitur penès tertios,non compellitur eo casu mulier illos in primis prosequi.*

.. *Sed erit in sua electione contra quem velit agere.*

13 *Mulieri competit probare non adesse bona libera adhoc, vt locum habeat* Auth.res quæ,C.comm.de leg.

.. *Et bona probatio erit inuentariũ.*

14 *In fideicommisso pro primogenitis, & descendentibus in perpetuum: habet locum dispositio* d. Auth. res quæ: *quia tùnc videtur necessariò considerasse testator, quod descendẽtes sint matrimonio cõtracturi ad finem, vt perpetuetur fideicommissum, & consequentèr videtur consentire receptioni, & restitutioni dotium, & Antephati.*

.. *Sine quo matrimonia iniri non solent.*

.. *Et hac ratione procedit etiam in fideicommisso transuersali.*

15 *Qui vult consequens necessario vult, & antecedens.*

ARGVMENTVM.

Hipothecam bonorum contentam in clausula, *Pro quibus omnibus obseruandis*, non existente promissione contrahentis, minimè locum sibi vindicare, cum non adsit obligatio personalis, cui addi possit: sed quid quando adest obligatio personalis inducta à lege, quæ non fuit deducta in pactum? Nonnulla etiam adducuntur ad materiam *Auth. res quæ, C.com de legat.*

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXIV.



Voad secundum creditum duc. 8750. dicebatur pro parte Marchionissæ Sancti Marzani, quod quond. Regius Consiliarius Vincẽtius Mastrillus contemplatione matrimonij initi inter D. Hieronymum eius filium, & dictam D. Beatricem Caracciolam, donauit dicto D. Hieronymo duc. 35. mil. in tot bonis feudalibus refutandis, & si non sufficerent feuda supplerentur ex alijs bobis burgensaticis, vsq; ad prædictam summam duc. 35. mil. & expressè voluit, quod in illis includerentur duc. 8750. ei obuenti ex pretio cuiusdam Tabernæ feudalis, & Baiulationis Terræ Abellæ similitèr feudalis: Et in dictis duc. 8750. voluit quod succederent filij, ac descendentes dicti D. Hieronymi donatarij in perpetuum, sexus, & ætatis prorogatiua seruata, vt in capitulis legitur in quibus nulla fit mentio de qualitate hereditaria, & proindè dicebat fuisse quæsita dicta donatio filijs, & nepotibus in perpetuum ex propria persona, non autem vti hæredibus, & consequentèr in beneficium ipsius Marchionissæ neptis, absq; nexu hypothecæ in beneficium creditorum D. Vincentij patris, & præcipuè prædictæ Principissæ matris illius credirotis ex causa Antephati, & licet replicaretur pro parte eiusdem Principissæ matris, quod super huiusmodi donatione non aderat assensus, & propterea non haberet obligatum feudum Sancti Marzani in cuius emptio-

ptionem fuerant implicati prædicti duc. 8750. vt declarauerat ipsemet D. Hieronymus donatarius; dicebatur tamen per Marchionissam adesse assensum Proregis super capitulis matrimonialibus, & signantèr super dicta donatione, de quo non dubitabatur.

At dubium erat, nùm assensus prędictus comprehenderet bona feudalia D. Hieronymi donatarij, qui acquisiuerat Terram Sancti Marzani, super qua agebatur; nàm assensus prædictus pręstitus super capitulis, & donatione, erat super obligatione bonorum feudalium D. Vincentij donanris; Et quamuis vterq; contrahens donator scilicet, & donatarius pro obseruantia omnium promissorum, obligauisset omnia bona, etiam feudalia, & ideò posset dici, quod assensus comprehenderet etiam obligationem bonorum feudalium ipsius D. Hieronymi donatarij: Nihilominùs dicebatur, quod illa clausula apponi solita in contractibus, *Pro quibus omnibus obseruandis*, non extenditur nisi ad promissa in ipso contractu: Et ideò cùm D. Hieronymus donatarius nihil aliud promiserit, nisi vxorem ducere, dotem conseruare, & illam, & Antephatum constitutum in omni casu restituere, ad illa tantùm promissa extendi poterat hipotheca apposita in prædicta clausula, *Pro quibus omnibus obseruandis*, sed non poterat extendi ad ea quæ ille numquam promisit. Etenim respectu donationis prædictorū duc. 8750. sibi factę, nil aliud ipse fecit, nisi solumodò donationē acceptare cū illo onere, nimirū, vt in dicta donatione succederent filij, & descētes in perpetuum, sexus, & ætatis prærogatiua seruata, sed nil aliud ipse promisit: vndè minimè poterat clausula prædicta cum hipotheca comprehendere bona ipsius donatarij, qui ad nihilum se obligauerat, vt latiùs deductum est in disputat. 52.

Nihilominùs dicebatur pro parte Marchionissæ: adesse etiam promissionem ex parte D. Hieronymi implicandi quantitatem prædictam in emptionem, etiam in casu reemptionis, & hoc deducebatur ex verbis eiusdem donationis, ibi: *Vole, & conuene*, quod quidem verbum *Conuenit*, necessariò comprehendere videbatur nedùm personam donantis, sed etiam donatarij: conuentio enim duorum est, *l. 1. §. 1. ff. de pactis*, & proptereà dùm aderat promissio ex qua oriebatur obligatio personalis, benè, & congruè accedere potuit hipothecaria sub illa clausula, *Pro quibus omnibus obseruandis*.

Sed replicabatur pro parte Principissæ; quod licet donator voluisset hoc onus imponere donatario de illam quantitatem conuertendi in emptionem in omni casu reemptionis, nihil tamen promiserat D. Hieronymus, sed tantùm donationem acceptauit cum illo onere, ex quo nulla quidem oriebatur personalis obligatio, vt latiùs in dicta disput. 52. actum est: Et quamuis illud verbum, *Conuenit*, in dicta donatione adfuisset, non tamen poterat trahi ad ipsum donatarium, quia non erat verbum ab vtroq; contrahente prolatum, neq; fuerat impersonalitèr positum, puta *Si conuene*, sed tantùm fuerat prolatum à solo donante, ideòq; non poterat comprehendere donatarium, qui nihil promiserat, sed tantumodò donationem prædictam acceptauerat cum onere fideicommissi, nec ideò obligauit bona sua propria pro illius exequutione; præcipuè cum iàm fuerat facta emptio illius quantitatis, & inclusa in emptione Terræ Sancti Marzani, vt ipsemet declarauerat, & impleuerat conditionem, neq; in assensu aderat verbum illud *Conuene*.

Attamen quoad hunc articulum, ego considerabam: quod licet verùm sit, quod quando donatarius nihil promittit, sed tantùm acceptat donatio-

nationem licet cum onere aliquod soluendi, vel faciendi, nulla oriatur actio personalis aduersus donatariũ, & proindè neq; detur hipothecaria super illius bonis, patùm refragante clausula, *Pro quibus omnibus obseruandis*: quia illa operatur tantumodò circa promissa in contractu; & propterea cum donatarius nihil promiserit; nihil etiam operabitur illa clausula, vt latiùs fuit disputatum, & decisum in d. disputat. 52.

Nihilominùs quando primus donatarius acceptat donationem cum onere fideicommissi de restituendo
3 alijs secundis donatarijs, ex dispositione *l. quoties, C. de donat. quæ sub modo*; tùnc primus donatarius tenetur actione personali ex acceptatione donationis ad restituendum bona donata secundis donatarijs; vndè cũ primus donatarius tenebatur actione personali, bené poterat adijcere, etiam hipothecariam sub illa clausula, *Pro quibus omnibus obseruandis*;
3 quia hipotheca sequitur personalẽ, ità in puncto videtur tenere *Gerius Spinus in consil. 54. per totum*. Et consequentèr dùm in assensu fuit facta
4 mentio huiusmodi donationis cum onere fideicommissi, ex qua oriebatur actio personalis, & etiam fuit facta mentio hipothecæ bonorum feudalium præsentium, & futurorum sub illa clausula, *Pro quibus omnibus*, videbatur ritè, & rectè fuisse obligata Terra Sancti Marzani acquisita per ipsum D. Hieronymum primum donatarium pro restitutione fideicommissi prædictæ quantitatis, & adhoc *Bart. in l. 1. ff. de his, quæ in testam. delent.* adducit *text. notabilem in l. si duo patroni, §. Marcellus, ff. de iure iur.* vbi si maritus iurauerit se habuisse fundum in dotem ab vxore, videtur etiam iurasse, se illum restituere debere, adeò vt ex illo iuramẽto agi possit ad dotis restitutionem, licet iuramentum sit stricti iuris, *cap. pen. de iure iur.* & latè comprobat *Alexand. in consil. 126. num. 4. & per totum lib. 6.*

Attamen *Berous in cons. 203. à n. 9. & 16. & 23. cum seq. lib. 1.* videtur tenere contrarium, nisi illa obligatio
5 legalis, quæ oritur ex dispositione *d. l. quoties*, deducatur in pactum, & deindè accedat hipotheca.

Secundò, dicebatur pro parte Principissę, quod intentio D. Vincentij Mastrilli senioris donantis nõ fuit facere fideicommissum in duc. 8750. nec in eis vocare descendentes ex propria persona, vt ex aduerso prætendebatur, quia de hoc nullum verbum, sed tãtùm voluit prædictos duc. 8750. subrogare in locum prædictorum corporum feudalium, ex quorũ pretio illi obuenerant; & propterea voluit illos peruenire ad quos peruenirent corpora feudalia, ideò expressè dixit, quod in eis succederet is tantùm, qui succederet in dictis bonis feudalibus si non fuissent alienata; vndè videtur illos vocasse cum eadem qualitate hæreditaria, cùm qua successissent in bonis feudalibus;
6 nàm subrogatum dicitur cum omnibus qualitatibus, & sapit naturam eius in cuius locum subrogatur, *l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis caution. vbi Bart. & cæteri*, & latè *Episcop. Barbos. axiom. 213.* & licet voluerit, quod succederent filij, & descenden-
7 tes dicti eius filij donatarij in perpetuum, sexus & ætatis prorogatiua seruata, hoc tamen non inducebat fideicõmissum; quia ex illis verbis nil aliud expressũ fuisse videbatur, nisi quod succederent de iure francorũ, prout viuebatur in illis feudis in quibus fuerant prædicti duc. 8750. subrogati, & erat expressio illius, quod tacitè inerat, vt voluit post alios *Reg. Reuert. in decis. 13. in causa Ill. Friderici Carrafa cum D. Ferdinando Carrafa eius filio, vol. 6.* vbi fuit etiam decisum, non obstante prohibitione alienationis non adesse fideicommissum.

Verùm replicabatur in contrariũ, quod

quod hæc coniectura, non includebat necessariò, quod prædicti descẽtes, qui successissent in prædictis bonis feudalibus si non reperirentur alienata deberet necessario succedere in prædictis duc. 8750. cum qualitate hæreditaria: nàm benè potuit donator taxare gradus, & personas succedentium, nimirùm vt essent illi, qui successissent in prædictis bonis feudalibus si non fuissent vendita, & distracta: & potuit etiam disponere, vt succederent ex propria persona tamquàm principalitèr vocati per fideicommissum, & non vti hæredes, præcipuè cum qualitas bonorum nõ repugnaret: & ideò illud axioma, quod subrogatum sapit naturam, in cuius locum subrogatur cum omni-
8 bus qualitatibus intelligitur, quoad naturam primodialem, & substantialem, non autem accidentalem, vt ex *Bero. consil.* 71. *num.* 42. *& seq. lib.* 1. *Riminald. consil.*18. *num.*89. & alios limitat idem *Episcop. Barbos. in dicta axiom.*213.*num.*2.& ideò non poterat necessario inferri, fuisse factam subrogationem cum hac qualitate hæreditaria, quæ est accidentalis.

Nec multum refragari dicebatur *decisio* 13.*Regentis Reuerterij*; nàm licet ex illa clausula, quod succederent filij, & descendentes, sexus, & ætatis prorogatiua seruata, nil aliud innui videbatur, nisi declarare, quod in eo feudo succedebatur de iure francorum, tamen illud erat, quia agebatur de ipso feudo, & ità etiam non fuit habita ratio prohibitionis alienationis, quia agebatur de feudo; nihilominùs in casu occurrenti tractabatur de quantitate, quæ non erat feudalis, vndè benè poterat in ea fieri fideicommissum: quod præsumendum erat fuisse inductum ex illis verbis, quod succederent filij, & descendentes, sexus, & ætatis prærogatiua seruata, quæ non inerat tacitè in dicta quantitate sicut inerat in feudo, vt in casu dictæ decisionis *Reuerterij*, & ideò ibi benè procedebat regula, quod expressio eius, quod tacitè inest nihil operatur, sed hic non tacitè inerat, ergò expressio debebat
9 aliquod operari, præcipuè quando exprimitur alio modo quo inest, vt explicat *Alexand. consil.*33.*n.*5.*lib.*1. *& consil.*22.*viso tit.num.*18.*vers.quia respondetur lib.*5. cum alijs adductis per *Robles de represent.lib.*3.*cap.*9.*n.*5. *&* 10.*nu.*8.*cum seqq.ad finem, & Episcop.Vgentin.Barbos.axiom.*89.*nu.*15. *in fine*.

Eò magis cùm adesset etiam in casu occurrẽti implicitè alienationis prohibitio dùm expressè cautum fuerat, quod semper deberet fieri noua emptio, etiam in casu reemptionis: imò dicebatur quod fieret emptio super bonis burgensaticis, non autem feudalibus: ex quo non obscurè colligi videbatur, voluisse ꝙ succederetur per fideicommissum, & ex propria persona, non autem cum qualitate hæreditaria, prout fuisset, in bonis feudalibus, in quibus nequibat fideicommissum absq; Regis assensus institui; Et ideò dùm prohibuit emptionem bonorum feudaliũ, videbatur voluisse, vt succederent ex propria persona.

At vltimo loco opponebatur pro parte Principissæ, quod quatenùs adesset fideicõmissum super dictis duc. 8750. & in eis succederent descendentes ex propria persona; nihilominùs quia agebatur de restitutione Antephati, in nihilò refragabatur fi-
10 deicommissum, ex dispositione *Auth. res quæ, C.commun.de legat.* cuius quidem *Auth.* dispositionem procedere, etiam in constitutione donationis propter nuptias, seù Antephati dixerunt Doctores *in d. Auth. res quæ*, & facit *text.in* §.*moriente, &* §.*rursus, &* §.*sancimus, & ibi Glos.in* §.*quamobrem, Auth.de restitut.Molin.post alios de primog lib.*4.*cap* 6.*num.*7. *Peregrin. de fideicom.artic.*40.*num.*37.*versic.septimo, & artic.*42.*nu.*96.*&* 98.vbi de commu-

communi testatur, & latè *Fusar. q. 533. num. 2. & per totum, & Reg. Rouit. in consil. 54. in fin. & num. 2. versic. secundum lib. 2.* vbi sic decisum refert.

Et etiam quod adesset expressa prohibitio ex causa dotis, vt latè per *Fusar. quæst. 532. à num. 67. & 71.* vbi innumeros allegat, & præcipuè *Surd. in dec. 62.* & neq; in consulendo, neq; in iudicando ab ea esse recedendum affirmat, & respondet contrarijs.

Et quod procedat etiam in nepotibus, & neptibus natis post mortem fideicommictentis, latissimè agit *Hodiern. ad Surd. in d. decis. 62. num. 33. cum seqq. & num.* 80. post *Fontanell. claus. 5. glos. 1. par. 2. num. 77.* præcipuè quando nepos, vel neptis nati erant ex filio nato viuente testatore, seù fideicommittente: quia tùnc videtur esse in primo gradu substitutionis, vt considerat *Honded. in cons. 86. n. 14.* prout erat in casu occurrenti.

Sed pro parte Marchionissæ dicebatur, dispositionem dictæ *Auth.* non procedere in fideicommissis initis in contractu; quoniam eo casu sicut nō
11 tenetur dotare, nàm liberè alienare posset, etiam in præiudicium filiorū pro legitima pro qua illis ante mortem patris, nullū ius competit *l. vltima vbi Doctores, ff. de liber. agnosc.* ità etiam nō posset impediri nè alienet, & similitèr neq; poterit impediri, nè apponat obligationē, nè bona alienētur pro dote: quod nō est quādo prohibitio, & fideicommissum sit in testamento, quia tùnc cum adsit debitum pro legitima filiorum, non poterit pater per prohitionem alienationis imponere grauamen legitimæ, siuè doti; & hanc differentiam inter prohibitionem in testamento, & contractu posuit, *Cephal. in cons. 574. n. 19. & seq. Fusar. quæst. 531. nu. 80. & seq.* & latè *Sforz. Odd. de fideicomm. q. 38. artic. 4. num. 56 & seq.*

At replicabatur pro parte Principissæ contrariam opinionem esse veriorem, ex nonnullis allegatis per *Fusar. d. quæst. 531. num. 40. & 81.* vbi respondet contrarijs post *Surd. d. decis. 62. vbi Hodiern. & Gabriel. consil. 111. num. 6. lib. 2.* & latè *Fontanell. d. claus. 5. glos. 1. par. 2. num. 9.* vbi latè te-
12 net procedere, etiam in maioratibus Hyspaniæ: & licet dicat, quod sit remedium subsidiarium, tamen dicit, quod si res libera reperitur penès tertios possessores, non compellitur eo casu mulier illos in primis prosequi, sed erit in sua electione contra quem velit agere, *vt num. 10. & 11.* vbi sic decisum refert in Maioratu de Alburquerquè, & addit quod
13 mulier debet probare non adesse bona libera, & quod bona probatio sit inuentarium, *& num. 39. in fine.*

Addebatur ēt, quod quando fideicōmictēs, siuè in testamēto, siuè in cōtractu voluit, quod succedant liberi primogeniti, & corū descendentes
14 in perpetuū de primogenito in primogenitum, tùnc fortiùs habet locū dictæ *Authent.* dispositio, vt in casu occurrenti, quoniam eo casu videtur necessario considerasse, quod descendentes sint matrimonium contracturi, sine quo legitima proles haberi nequit, ad finem vt perpetuetur fideicommissum, & consequentèr videtur ex tùnc consensisse receptioni, & restitutioni dotis, & constitutioni Antephati, sine quibus matrimonia contrahi non possunt, nec solent, vt notat *Surd. d. decis. 62. num. 13.* vbi latè *Hodier num. 84.* qui ob hanc rationem dixit hoc procedere etiā in fideicommisso transuersali, *& nu. 85.*
15 quia qui vult consequens necessario vult, & antecedens, & allegat *Fabr. in C. lib. 6. tit. 21. comm. de legat. diffin. 10. & Reg. Rouit. consil. 54. n. 80. & consil. 55. in fin. vol. 1.*

Et ex his dicebatur omninò esse satisfaciendam Principissam de prędicto eius credito, non obstantibus oppositis per Marchionissam.

Non fuit processum ad prolationē laudi, ex quo, vt dixi, ego fui in Regiorū

giorũ Consiliariorũ numero electus per Suam Maiestatem, & sub die 10. Maij 1645. possessionem adeptus.

SVMMARIVM.

1 *Actio, etiam hipothecaria quando creditor debitori succedit, adita hæreditate extinguitur.*

..Incompatibile enim videtur, vt actio, & passio in eodem concedatur subiecto.

..Et ideò fingit lex creditorum sibi ipsi soluisse ex hæreditatis aditione.

2 *Creditor quando debitori succedit aditio habet vim solutionis.*

..Sed quando debitor succedit creditori tunc habet vim confusionis.

..At hoc non procedere quoad actionem hipothecariam tenuerunt nonnulli, sed tantùm quoad personalem.

..Quia in hipothecaria cessat incompatibilitas, quæ rei inest, & rem ipsam sequitur.

..Nec tollitur, nisi per veram satisfactionem, non autem per fictam.

3 *Actio non confunditur aditione facta cum beneficio legis, & inuentarij.*

..Quia inuentarium separationem inducit.

4 *Aditione hæreditatis facta per creditorẽ non confunditur actio; quando hæreditas reuocabilitèr fuit delata, siuè fecerit, vel non inuentarium.*

5 *Grauatus fideicommisso de hæreditate restituenda poterit suum creditum retinere, etiam non facto inuentario.*

..Nisi specialitèr probibuisset testator.

6 *Hæreditas reuocabilitèr dicitur quæsita nedùm quando fideicommissi vigore venit restituenda, sed etiam quando ad creditorum instantiam bona hæreditaria auocari possunt.*

7 *Hipothecaria, quod non sit extincta per aditionem, licet parùm deseruiat respectu hæredis adeuntis, absq; inuentario, satis tamen confert quod creditores hæredis, qui non tenentur soluere onera hæreditaria, & possunt exercere hipothecas hæredi competentes.*

..Cum nil illis officiat defectus inuentarij.

8 *Actionis extinctio non inducitur ex aditione quotiescumq; causatur dãnum tertio.*

9 *Actiones directæ licet per aditionem creditoris sine inuentario dici possint confusæ, vtiles tamen per priùs cessę creditoribus illibatæ remanent.*

..Etiam quod hæreditas irreuocabilitèr fuisset quæsita.

10 *Hæres confecto inuentario duas dicitur repræsentare personas debitoris scilicet, & creditoris.*

11 *Fructus percepti per hæredem post aditam hæreditatem, & antequam comparuerint creditores cedũt lucro hæredis, qui illos percipit tamquam dominus.*

12 *Hæres licet teneatur fructus perceptos describere in libro rationum licet non in inuentario, & de illis rationem reddere creditoribus.*

..Tamen non tenebitur, nisi actione personali, ex quasi cõtractu aditionis.

13 *Hæres cum beneficio legis, & inuentarij non compensat in verum creditum fructus hæreditarios.*

..Nisi constaret hæredem, non vti hæredem, sed vti creditorẽ exegisse.

..Puta quia pro suo credito egit, vel aliàs.

14 *Declaratio animi necessaria est in deducendis creditis ex bonis hæreditarijs.*

..Aliàs præsumitur vti hæres, non vti creditor percipere.

15 *Imputatio fructum perceptorum ab hærede in verum creditum non fit nisi compensatione.*

16 *Compensatio non fit ipso iure, sed requirit factum hominis per oppositionem.*

17 *Hæres, & creditor non potest suis creditoribus præiudicium inferre per actum fictum, & sic per aditionem, & compensationem.*

18 *Fi-*

18 *Fictio eo tantùm casu locum habet, quando nimirùm æquitas id suadeat.*

19 *Æquitas non patitur, quod alteri per actum fictum præiudicetur.*

20 *Per productionem instrumentorum dicitur proposita actio.*

21 *Debitor, qui post denunciationem non potuit verè soluere, neq; poterit fictè per compensationis oppositionē.*

A R G V M E N T V M.

Actionem hipothecariam per aditionem, licet absq; beneficio inuentarij, non dici confusam, neq; extinctam, præcipuè respectu creditorum hæredis, etiam quod fuerit irreuocabilitèr quęsita hæreditas: neq; fructus perceptos imputari in verum creditum in præiudicium præsertim dictorum creditorum hæredis cum hipotheca, quamuis teneatur de illis, creditoribus hæreditarijs rationem reddere, actione tamen personali.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXV.



NON minima fuit inter Doctores cōtrouersia, nùm ex aditione creditoris, qui suo debitori successit, extinguatur nedū actio personalis, sed etiam hipothecaria, illi competens: Etenim *Imperator Antoninus in l.debitori tuo 7.C.de pactis*, inquit: *De-*
1 *bitori tuo si hæres extitisti, actio, quàm contra eum habuisti, adita hæreditate confusa est*, concordat *text. in l. si vxor, C.de bon.auth.iud.possid.* vbi *Glos.* alios concordantes adducit: ea nimirùm ratione, quia cum hæres representet defunctum, *Auth.de iure iur.à moriēte præstit. in princip.* videtur incompatibile, quod actio, & passio, in eodem concedatur subiecto, vt notat *Bart. in l.si consul, num.1. ff.de adopt.* per *text. in l. 2. ff. de stipulat. seruor.* quinimò videtur aliquando nedùm confusionem, sed etiam solutionem inducere, fingit enim lex creditorem sibi ipsi soluisse ex hæreditatis aditione, vt optimè declarat *Papinianus in l.Stichum aut Pamphilum 95.§.aditio, ff.de solut.vers.aliquando*, & idem docuit *in l.si debitori creditor 51. ff.de fideiussor.* ibi: *Obligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate, & Paulus in l.Vranius 72.ff.eod.tit.de fideiuss. & in l.si ei cui 41.§.fin. de euiction.* quod præcipuè procedere dixerunt aliqui, quādo creditor debitori successit, quia
2 tùnc habere dicitur vim solutionis, secùs si debitor successit creditori, quia tùnc habet vim confusionis, vt explicat *Reg.de Ponte in consil.8.n. lib.1. & consil. 149.lib.2.* quem refert nouissimè post hæc scripta in lucem editus *Merlin. de pignor. lib.5. q. 14. num.13. & 14.* qui alios etiam allegat, & hanc scilicet opinionem extingui nedùm personalem, sed etiam hipothecariam, latè defendit doctissimus *Barbosa in l.quæ dotis 34.in princip.ff. solut. matrim.* per illum *textum*, & cæteri per eundem *Merlin. d. q. 14. num.6. & 7.*

At in contrariam iuere sententiam *Neguf.de pignor par.5. membr.1. n.50. & 53. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 11.tit.31.num. 32. Menoch. consil.89. num.3.cum seq.* cum alijs per eundem *Merlin. vbi sup. num.8. & seq.* ea ratione; quia ratio incompatibilitatis,

tis, quæ consideratur in actione per-
sonali, cessat in hipothecaria, quæ rei
inest,& rem ipsam sequitur, vndè nõ
tollitur nisi per veram satisfactionẽ,
non autem per fictam, *ad textum in*
l.gregè, §.*etiam*, *ff.de pignor.* ad quod
optimè facit decisio *Pauli in d.l Vra-*
nius 72. de fideiussor. & meliùs *in l.ex*
sextante 30. §.*latinus largus*, *ff.de ex-*
cept. rei iudic. & latè idem *Merlin.*
post alios *d.quæst.*14.*d.n.*8. *cum seqq.*
& optimè videndus doctissimus *Nea*
podan. noster in Consuet Si quis, *Vel si*
qua in verb.à matre, *nu.*235 *cum seq.*

At quicquid sit de veritate huius
quæstionis; certum est inter alias li-
mitationes,& declarationes, quas ad
prædicta tradunt Doctores duas præ-
cipuè videri in consideratione esse:
Primam scilicet, quando hæres here-
3 ditatem cum beneficio legis, & in-
uentarij adiuit, vt declarat *Glos in d.*
l.debitori in verb.confusa, *C.de pactis*,
ea ratione, quia cessat eo casu confu-
sio, cum inuentarium separationem
inducat, adhoc vt hæres remaneat
sine damno, & voluit *Imperator in l.*
fin.§.*in computatione*, *versic.si verò*, *&*
ipse C.de iure delib. vbi omnes.

Secundam, nimirùm quando hæ-
reditas ipsi creditori reuocabilitèr
delata fuit, tùnc enim hipothecariã
actionem minimè extingui, seù po-
4 tiùs reuiuisci, siuè hæres inuentarium
confecerit siuè non, dixerunt *Bart.d.*
l.cæteriq; in d.l.debitori creditor, *ff. de*
fid:iuss.& in d.l.Stichum, § *aditio cum*
aliis concord. poterit enim eo casu
creditor, à quo ipsa hæreditas euin-
citur, suum creditum deducere, &
retinere, quia non præsumitur sibi
soluisse *d.l.Stichum*, §*si creditor*, *ff de*
solut. ità optimè declarat videndus
idem *Neapodan vbi sup. versic. & hoc*
nisi euinceretur hæreditas, allegans
pulchram *Glos.in l si ei*, §.*si is qui fun-*
dum, *ff. de euict.on.* & optimè *in d.*§.
Latinus largus, qui benè procedit in
hoc casu; benè etiam explicat idem
*Neguss. in d. par.*5. *membr.*1. *num.*52.
Castr. post *Bart. in l. debitor ad Tre-*
*bell. Afflict.in decis.*237. *Mantic.de*
*coniect.lib.*7.*tit.*8.*nu.*15.*cum seq.Dom.*
*de Franchis decis.*80.*num.*12.*Surd.de-*
cis. 266. *num.* 2.*Thesaur. lib.*3. *q. for.*
44 *sub num.*4.*Gratian d. scept.for.lib.*2.
*cap.*204.*num.*23.*cum seqq.* latè *Consil.*
*de Georgio allegat.*41. & idem *de Fran-*
*chis decis.*39.*num.*5. *&* 6. vbi adden-
tes,& latissimè ipsemet *Merlin. de pi-*
*gnor. d.quæst.*14. *num.*19.*cum seq.* vbi
nonnullos alios adducit, qui hoc
etiam non facto inuentario decer-
nunt.

Et ideò concludit, quod grauatus
fideicommisso, de hæreditate resti-
tuenda poterit suum creditum reti-
5 nere, nisi specialitér prohibuisset te-
stator per *textum in l.in imponenda* 6.
C.ad l falcid. ea ratione, quia solùm
quantum ad creditores,& legatarios
particulares nocet hæredi inuenta-
rij omissio, non autem respectu fidei-
commissi, quia fideicommissum non
potest transcendere vires hæredita-
tis, & ideò æs alienum ante omnia
deducitur secundum *Bald. in d.l. de-*
bitori, *num.*5. vbi etiam *Dec. num.*4. &
optimè *Alexand in l.si ex Trebellia-*
no, *ff ad Trebell.à num.*3. & propterea
concludit, quod per confusionem
actionum, nõ tollitur hipotheca; quæ
contra bona defuncti hæredi com-
petebat, dùm hæreditas reuocabili-
tèr fuit eidem delata, *ex Marescott.*
*lib.*1.*var.cap.*37.*num.*4.*Surd.consil.*7.
*num.*22. *cum seq. & Fusar. de substi-*
tut.quæst. 665.*num.*1. *&* 2. *& Ludo-*
*uis.decis.*67. vbi latè addentes.

Hæc,& alia fuerunt in S.C. dispu-
tata inter Innocentium Paulutium,
& alios creditores Ducis Hadriæ:
Cùm enim ipse Innocẽtius esset cre-
ditor, in maxima pecuniarum quan-
titate tàm ex causa capitalis, quàm
tertiarum super patrimonio dicti Du-
cis Hadriæ, comparuit in S.C. perẽs
pro concurrenti quantitate eius cre-
diti sibi assignari, & adiudicari quas-
dam Terras status Aprutij iuxtà ap-
pretium

precium factum ordine S. C.

De anterioritate autem eius crediti non poterat dubitari; habebat enim obligatum, nedùm Ducem Albertum Aquiuiuum, sed etiam Ducẽ Iosiam filium, imò erat primus eiusdem Iosiæ creditor, cum obligatione omnium bonorum, etiam feudalium iurium, & actionum, & nominum debitorum insolidum cum Regio assensu; vndè nulli dubium, quin poterat experiri, & vti iuribus, & anterioritatibus eidem Duci Iosię competentibus, qui cum fuisset hæres pro tertia parte quond. D. Beatricis de la Noy Ducissæ Hadriæ eius matris creditricis ex causa dotium ducat. 66. mil. præfati Ducis Alberti viri, de anno 1571. vigore capitulorum matrimonialium, habebat hipothecata omnia bona feudalia status Hadriæ cum anterioritate de anno 1512. & sequentibus, vt ex relatione creditorum apparebat, quia pecunia dotalis fuerat cõuersa in reemptionem aliorum creditorum anteriorum cum cessione iurium, ideoq; Innocentius subintrando in locum Ducis Iosiæ, poterat vti illius iuribus anterioribus ipsi competentibus ex persona Ducissæ matris.

At aduersus huiusmodi Innocentij prætentionem, cuius partes tuebar duo potissimum opponebantur per alios creditores eiusdem Ducis.

Primùm, non posse Innocentium vti iuribus competentibus Duci Iosiæ: quia licet esset creditor pro tertia parte dotium maternarum, successit tamen in hæreditate quondam Ducis Alberti patris, & debitoris dictarum dotium, & sic creditor successit debitori; vndè censebatur sibi satisfecisse, & consequentèr actiones etiam hipothecarias nedùm fuisse confusas, sed etiam extinctas, cùm illa hæreditatis aditio hoc casu haberet vim solutionis, nedùm confusionis ex superiùs enarratis, & deductis.

Secundùm, quia satis constabat eundem Ducem Iosiam per plures annos à die mortis Ducis Alberti patris, quæ accidit in Mense Octobris 1597. percepisse fructus totius status Hadriæ, & propterea nedùm fictè, sed verè sibi satisfecisse de eius credito dotium maternarum: & consequentèr dùm hipotheca per solutionem fuerat extincta, non poterat Innocentius, qui ab eo causam habebat, aliquid prætendere.

Verùm hæc omnia, quę in contrarium opponebantur facili negotio posse dilui dicebam.

Et quoad primum licet quando creditor debitori succedit dicatur confusa actio, imò habeat huiusmodi hæreditatis aditio vim solutionis, vt habetur per *Doct. in d. l. debitori creditor, ff. de fideiussor. cum concord:* de quibus supra: Nihilominùs vt superiùs dicebamus, hoc minimè procedere dixerunt omnes magis communitèr, quando hæreditas reuocabilitèr ipsi creditori acquiritur, quia tùnc actio non extinguitur, cum non præsumatur sibi soluisse dùm hæreditas ab eo euincitur *d l stichum, §. si creditor, ff. de solut.* & dixit optimè *Neapod. vbi sup. versic. & hoc nisi euinceretur hæreditas*, cum alijs superiùs adductis.

Dicebam autem, hæreditatem reuocabilitèr acquisitam dici, nedùm quando fideicommissi vigore venit
6 restituenda, sed etiam quando ad instantiam creditorum bona hæreditaria auocari possunt, vt contra *Alex.* tenuerunt post *Cyn. in l. 1. C. si antiq. cred. Bald. in l. si vxor tua, num. 1. vers. sed quid si hæres, C de bonis auth. iudit. possid. Soccin. in l. debitori meo, C. de pactis, Castr. in d. l. debitor ad Trebell. Negusant. vbi sup nu. 53. in fine*, qui omnibus *Alexandri* motiuis respondet, *Capyc. decis. 195. post Afflict. in d. decis. 237. & Dom. de Franch. d. dec. 80. n. 12. & 17. in fine*, & latè *Reg. de Ponte in consil. 143. num. 5. cum seqq. lib. 3.*

Hæc autem conclusio, quod isto casu hipothecaria non sit extincta, licet ad nihilum deseruiat respectu hære-

hæredis adeuntis absq; beneficio legis, & inuentarij, quia in omni casu ipse tenetur ex quo inuentarium nō fecit; nihilominùs satis superq; deseruire dicebam respectu creditorū
7 ipsiusmet hæredis, qui non tenentur soluere onera hæreditatis, & tamen possunt exercere hipothecas hæredi competentes tamquàm non extinctas, vt optimè refert idem *Dom. de Franchis d. decis.* 80. *num.* 18. *& seq. & num.* 21. vbi fuisse decisum asserit, hipothecam creditori competentem, qui illam alteri obligauit, & cessit, non esse extinctam per aditionem dicti creditoris, etiam absq; inuentario, præcipuè respectu tertij, quia tùnc non est inutilis quæstio, sed vtilissima, cùm illi tertio non officiat defectio inuentarij, dùm hæres adeundo non possit suo creditori habenti hipothecam præiudicium inferre: &
8 ideò quotiescumq; ex aditione causatur damnum tertio, non inducitur actionis extinctio, nec debiti solutio, vt post *Dom. de Franch. vbi sup.* declarat *Consiliar. de Georgio allegat.* 41. *num.* 26. *& de Ponte d. consil.* 143. *nu.* 7. *&* 8. *vol.* 2. vbi expressè asseuerat respectu tertij, non procedere actionis confusionem, & sic respectu creditoris, qui habet obligata bona hæredis: quam obligationem non habebant creditores Ducis Alberti patris, sed tantùm personalem actionem contra Ducem Iosię ex quasi contractu aditionis; & ideò cum hipotheca, quę illi competebat pro dotibus maternis non fuerat extincta in beneficium suorum creditorum, & consequentèr in beneficium Innocentij, poterat ipse illa vti ad exclusionem creditorum paternorum, qui non habebant nisi personalem tantùm.

Præterea dicebā: quod dùm Dux Iosia, qui pro dotibus maternis habebat hipothecata bona omnia, etiā feudalia Ducis Alberti patris, & directas actiones pro illarum recuperatione retinebat; illud debitoris nomen obligauerat Innocentio, & in eum vtiles actiones transtulerat; non poterat per aditionem deindè hæreditatis Ducis patris debitoris, præiudicium afferre Innocentio: quoniam quamuis dicerentur confusæ, siuè extinctæ directæ actiones per aditionē sine beneficio inuentarij, quæ etiam vim solutionis obtinet, non tamen dicendum erat fuisse extinctas actiones vtiles per priùs in Innocentium creditorē translatas, sed adhùc illibatas remanere, quia sunt diuersa, & ideò extincta actione directa, vtilis nō tollitur, vt docet singularitèr videndus *Castrens. in consil.* 198. *incip. notandum in fine vol.* 1. & eum allegat, & sequitur *Negusant. de pignor.* 1. *membr. par.* 5. *num.* 56. *versic. sed in vno*, vbi loquitur etiam quod hæreditas irreuocabilitèr fuisset creditori quæsita, nàm licet eo casu esset extincta per solutionem dependentem ex aditione actio hipothecaria directa, non tamen erit extincta vtilis hipothecaria competens creditori creditoris, & allegat *textum in l. si hæres la seconda. & ibi Bart. ff. ad Trebell. Salic. in l.* 1. *in* 7. *quæst. C. eod. tit.* & in terminis nostris docet videndus *Camill. de Medic. in consil.* 124. *num.* 23. & videtur etiam sentire *Sese decis. Aragon.* 46. *num.* 29. *vol.* 1. dùm allegat *Paulum, & Negusan locis prædictis.*

Sed hæc omnia ad exuberantiam adducebantur: nàm cum Dux Iosia fuisset hæres Ducis Alberti patris cū beneficio legis, & inuentarij, & illud infrà legitima tempora sollemnitèr confecisset, vt constat in actis, & processu Ducis S. Agathæ; nulli dubium esse poterat, hipothecarias actiones illi competētes super bonis paternis ex causa dotium maternarum, minimè dici potuisse extinctas: quia beneficium inuentarij illas conseruauit illæsas, *ad text. in l. fin.* §. *& si præfatam, &* §. *in computatione, C. de iure deliber.* adeòvt duarum personarum vicem sustinere videbatur Dux ipse Iosias,

Iosias, debitoris scilicet vti hæres pa-
10 tris; & creditoris vti hæres matris, vt
per *Bald. in d. §. in computatione, nu.* 3.
*& Ias. num. 4. Mantic. de tacit. & am-
big. conuent lib. 16. tit. 2. num. 31. vol. 2.*
& laté *Antonin. Amat. variar. resol.*
56. *num. 6. lib. 2.*

Neq; etiam multum vrgere dice-
bam secundam obiectionem, quæ ex
aduerso opponebatur nimirùm, quod
Dux Iosias perceperat per nõnullos
annos fructus totius status Hadriæ,
ex quibus videbatur sibi satisfecisse
de eius credito dotium maternarum;
facillimè enim pluribus occurreba-
tur medijs.

Et primò: quia (quatenùs ostende-
rentur fructus fuisse per Ducem Io-
siam percepti) non tamen erat præ-
sumendum illos percepisse animo
extinguendi creditum; sed potiùs vti
hæres, & dominus, non autem vti
creditor; præcipuè quia fructus post
aditam hæreditatem, & antequàm
creditores vrgeant (vt erat in casu
de quo disputabatur, non enim com-
paruerãt nisi in anno 1608. quo tem-
pore fuit factum sequestrum) cedunt
11 lucro hæredis, qui illos percipit tã-
quàm rem propriam, secundum do-
ctrinam *Surdi in decis. 15. nu. 3. & de-
cis.* 128. *num.* 27. & benè distinguit
*Muñoz de Escobar de Ratiocinijs, c. 9.
num. 76. & seqq.* & quatenùs secun-
dum opinionẽ *Cancerij de inuentario,
n.* 48. teneatur hæres illos describere
12 in libro rationum, licet non in inuẽ-
tario, & de illis rationem reddere
creditoribus, vt videtur tenere etiam
Dom. Reg Rouit. in decis. 48. nu. 12. at-
tamen non alia actione tenebitur nisi
personali, ex quasi contractu aditio-
nis, & ideò super illis bonis hæredi-
tarijs, præferendus erat Innocentius
creditor hipothecarius, etiam ex iu-
ribus eiusdem Ducis, ad notata per
Dom. de Franch. in d. decis. 80.

Nec poterat dici fuisse extinctum
creditum ex perceptione fructuum:
quoniam dicebam, veram esse opi-
nionem, & communem, quod hæres
cum beneficio inuentarij, fructus ex
13 hæreditate perceptos non compen-
sat in verum creditum, vt per *Glos. in
l. mulier, §. cum proponeretur in verb.
hoc, ff. ad Trebell.* tenuerunt *Iacob. de
Arena ibidem num. 2. Alexand. nu.* 14.
communem dicit *Dyn. in l quod debi-
toris, §. quod actus, & ibi Angel. ff. ad
leg. falcid. Ruin. cons. 112 & 115. n. 13.
vol. 2. Castr. in consil. 19. num. 2. vol. 2.
Gabriel consil. 124. num. 7. lib. 1. Meno-
ch. consil. 183. in vltimo dubio, Perigr.
de fideicom. artic. 35. nu. 10. versi. com-
munis,* vbi allegat *Fulgos. Soccin. Cra-
uett. Rol. Imol. Alciat.* & alios optimè
Surd. decis. 62. & meliùs *decis.* 170. *&*
224. & idem optimè *in consil.* 291.
n. 11. *& consil.* 128. *n.* 27. vbi alios ad-
ducit, & sũmoperè defendit *Boer. de-
cis. 44. num. 15. Rota Aunion. decis. 45.
num. 6* & latissimè *Antonin. Amat. d.
resol. 56. nu. 8. lib. 2.* vbi allegat *Man-
gil. de imput. quæst. 125. num. 42. & seq.*
vbi latè agit.

Hoc autem non procedere dice-
bam, quoties constaret, hæredem
non vti hæredem, sed vti creditorem
fructus percepisse, puta si ipsemet hę-
res pro suo credito egisset, tùnc enim
fructus percepti post aditam hæredi-
tatem in extinctionem crediti impu-
tantur, vt refert idem *Anton. Amat. d.
resol. 56. num. 8. in fine*: Necessaria est
enim animi declaratio in deducen-
14 dis creditis ex bonis hæreditarijs,
nàm aliàs vti hæres, non vti creditor
percipere præsumeretur, vt ex *Socc.
Rota Romana, de Ponte, & alijs,* refert
*Costa de scient. & ignor. in allegat. post
distinct. 37. num. 91.* ideò communis
videbatur opinio: & propterea cum
fructus non imputarentur in verum
creditum, quod remanebat illæsum,
& illibatum, licet de illis teneretur
reddere rationem: hoc erat solùm
actione personali per quasi contra-
ctum aditionis, & consequentèr erat
præferendus Innocentius creditor
hipothecarius.

Hoc autem comprobabatur: quo-
niam huiusmodi imputatio non nisi
15 compensatione fieri poterat, vt est
text. expressus *in l. cum frater 79. §.
Titio, ff de legat. 2.* ibi: *Quoniam ratio-
ne compensationis percepisse debitum
videtur*; hęc autem compensatio, quę
16 est ficta solutio, non fit ipso iure, sed
re quirit factum hominis, ad notata
in l. si constat, C. de compens. & notat
etiam in puncto videndus etiam idē
*Dom. de Franch. in decis. 527. num. 2.
& seq.* vbi expressè asserit, quod cō-
pēsatio fructuum perceptorum à cre-
ditore cum ipso credito, non fit ipso
iure, sed ope replicationis; & conse-
quentèr antequàm opponatur com-
pensatio, non potest dici creditum
ipso iure extinctum; & propterea
creditores hæredis vigore hipothe-
cariæ vtilis in eos translatæ præferri
debent, & ità decisum dicit in causa
Marchionissæ Latertiæ, in qua credi-
tores hipothecarij Marchionis, qui
habebant hipothecatum nomen ip-
sius Marchionissæ debitricis Mar-
chionis, fuerunt præhabiti, & eis li-
beratum creditum, non obstante
quod ipsa Marchionissa esset etiam
creditrix Marchionis vti cessionaria
Comitissę Noyę, cuius Marchio fue-
rat hęres, & ipsa Marchionissa oppo-
suisset compensationem, quæ nō fuit
admissa, ex quo creditores, qui ante
oppositionem comparuerant, erant
creditores Marchionis in actione
hipothecaria, cum ipsa Marchionissa
non haberet Marchionem obliga-
tum, nisi in actione personali vti hæ-
redem Comitissæ Noyæ, ex quasi
contractu aditionis.

Ideò omni iure dicebam Innocē-
tium esse præferendum: præcipuè cū
huiusmodi compensatio nil aliud
sit nisi ficta solutio, & propterea non
potuit hæres, & creditor, suis credi-
17 toribus preiudicium inferre per actū
fictum, vt post alios refert idem *Ca-
mill. de Medic. in d. consil. 124. nu. 25.
& 28.* quoniam cum fictio eo tantùm
casu locum habeat, quando nimirùm
18 æquitas id suadet, *ad textum in l.
postliminium, ff. de captiu. & postlim.
reuers.* non poterat hoc casu locum
habere fictio; cùm æquitas non pa-
tiatur, quod alteri per actum fictum
19 præiudicetur, vt probat *text. in d.l.
Vranius 72. versic. quod si duo, ff. de
fideiussor.* cum alijs per *Barbosam in
d.l. quæ dotis 34. ff. solut. matrim. in
princ. & nu. 6. versic. est tamen aduer-
tendum, per textum in l. hæres 22. §. fin.
ff. de fideiuss. vbi Bart. Castr. Imol.*

Præterea, cùm ante cōpensationis
oppositionem iàm reperiebatur intē-
tatū iudicium per Innocentium per
productionē instrumētorum crediti,
20 ex quibus dicebatur proposita actio,
vt dicit optimè idem *de Franchis in
decis. 75. & 527.* non poterat proce-
dere compensationis oppositio, quia
sicut facta denunciatione non pote-
rat verè soluere, ità neq; fictè per
21 compensationis oppositionem, vt
optimè tradit idem de *Franchis in
decis. 53. num. 10.* & tenuit optimè
*Rodriquez de ann. reddit. quæst. 19. n. 2.
& seq. Rota Gen. decis. 190. nu. 2. & Ne-
gus. de pignor. par. 5. membr. 1. num. 56.*
& notant *cæteri in l. 3. C. de donat.* imò
neq; poterat ipse Dux, qui duas re-
præsentabat personas, sibi ipsi solue-
re ex fructibus perceptis, & sic taci-
tè; dùm non poterat expressè post
denunciationem, dùm præsumeba-
tur potiùs, vt hæres, & sic ex titulo
præambulo illos percepisse, & tam-
quàm dominus, non autem vti cre-
ditor, vt per *Surd. in d. decis. 170. nu. 3.
cum seqq.*

Præterquàm quod in facto nota-
batur Ducem Iosiam soluisse credi-
toribus hæreditarijs longè maiorem
summam, quàm ex fructibus perce-
perat, vt ex relatione fol. 65. in ter-
tio processu Ducissę Hadriæ, & ideò
non poterat dici illos imputasse in
verum creditum.

Hæc causa, ob nonnulla impedi-
menta non adhùc apparet decisa.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Consensus semper intelligitur de expresso, quando de eo fit mentio in rescripto.*

2 *Clausula*, Si partes in te cõsenserint, &c. *declaratur.*

3 *Consensus duobus modis potest expressè requiri.*
.. *Vel quando lex, vel rescriptum illum expressum esse decernit.*
.. *Vel quando pro forma, vel sollemnitate actus requiritur.*

4 *Cõsentire plus est facto, quam verbis.*

5 *Lex quando ità mandat, id necessariò obseruandum est.*

6 *Lex quando disponit de expressa alicuius rei mentione facienda, non sufficit tacita.*

7 *Consensus collitigantium expressus requiritur in inducenda prorogatione Iudicis Delegati de loco ad locum.*

8 *Consensus quando requiritur pro forma, & sollemnitate actus debet esse expressus.*
.. *Quia presumitur reiectus tacitus.*

9 *Consensus tunc requiri pro forma videtur quando fauor publicus, non autem priuatus in eo consideratur.*
.. *Secus autem si solùm fauorem personæ priuatæ concernit.*

10 *Doctrina* Gomesij in regula de impetr. benef. per obit. fam. cardin. *declaratur.*

11 *Quando in rescripto non sit mentio de expresso consensu, nec est pro forma, sufficit tacitus.*
.. *Licet aliqui contrarium teneant.*
.. *Sed contrarium videtur veriùs esse.*

12 *Consensus tacitus sufficit in prorogatione iurisdictionis Iudicis de persona ad personam.*
.. *Adeò vt neq; requiratur actus positiuus, ex quo consensus colligi possit.*
.. *Sed sufficit sola taciturnitas, & patientia.*

13 *Partes si patiantur aliquod contra se decerni per Iudicem tamquàm Iudicem, is tacitus consensus sufficiet ad inducendam prorogationem.*

14 *Consensus sufficit, vt ex aliquo actu positiuo colligi possit.*

ARGVMENTVM.

Consensum tacitum collitigantium esse sufficientem ad prorogationem Iudicis inducendam: quotiescumq; in rescripto non fit de expresso mentio, nec requiritur pro forma.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXVI.

1 Semper quod de consensu fit mentio in rescripto Pontificio, intelligi de expresso non autem de tacito voluerunt omnes in *L. 2. §. voluntatem. ff. soluto matrim. nto*, & refert post alios *Verall. in decis. 82. par. 3. num. 7.* quia tunc videtur esse de forma rescripti, quo casu dicitur reiectus tacitus, ex traditis per *Alex. in l. licet Imperator, num. 4. & ibi Ias. num. 14. de legat. 1. per textum in cap. statutum, §. in nullo de rescript. in 6.* quibus post alios addidimus *Rot. dec. 15. de offic. de legat. in nouis*, vbi etiam videtur decidi hic articulus. 2

Ideò cùm Reuerendus Parochus Sanctæ Mariæ Rotundæ huius Ciuitatis Neapolis obtinuisset sententiam à Commissario Apostolico, fuit per aduersarium dictum de nullitate sententiæ, ex eo quia non fuerant adimpletæ clausulæ, & conditiones in rescripto commissionali contentæ, & præcipuè illa: *(Si partes in te consen-*

2 *ferint causam, & causas prædictas audias, cognoscas, & decidas: Sin minùs alium Iudicem de cõsensu partiũ eligere, aliàs ex officio tuo deputes)* Minimè enim expressè constare dicebatur de expresso consensu collitigantis, quẽ expressum esse debere obijciebatur ex prædictis. Non enim, quod fuerit coram prædicto Iudice litigatum, & processum vsq; ad prolationem sententiæ: dicebatur constare de expresso consensu, sed tantùm de tacito, quem non esse sufficientem fatebatur pars ex aduerso; & ideò nullam esse iudicandam sententiam, neq; exequutioni demandandam per Curiam Illustrissimi, & Reuerendissimi Nuntij Apostolici dicebat.

Verùm enim verò sententiam esse omninò exequendam dicebam, dùm partes Reuerendi Parochi defendebam. Duobus enim modis consensum expressè requiri posse con-
3 stabat; vel quando lex, vel statutum, siuè rescriptum, illum expressum fore decernit: vel quando consensus ipse pro forma requiritur, & pro sollemnitate actus.

Primò casu: siuè requiratur pro forma, siuè non, semper expressus requiritur, adeòvt quàmuis plus sit fa-
4 cto consentire, quàm verbis, vt habetur *in d. decis. Rotæ 15. de offic. deleg. in nouis col. 2.* tamen quia lex ità mandat, & expressè illum requirit, id ne-
5 cessariò obseruandum est, *l. prospexit, ff. qui, & à quibus cap. memoriam, 19. distinct.* & ideò vbicumq; in iure di-
6 sponitur, de expressa alicuius rei mẽtione facienda, non sufficit tacita, *cap. cæterum, cap. si proponente, & cap. ad aures cum cæteris concordantibus de rescriptis.* Quamobrem cum in prorogatione inducenda Iudicis Dele-
7 gati de loco ad locum, requiratur expressus collitigantium consensus, *d. cap. statutum, §. in nullo, de rescriptis in 6.* non videtur esse sufficiens tacitus, ideòq; non mirùm si ità fuerit in facti specie decisum per *Rotam in d. decis. 15. in nouis*, quia agebatur de prorogatione Iudicis Delegati à Papa de loco ad locum, in qua non sufficiebat tacitus, sed neq; expressus vnius partis tantùm, & sic illam intelligit, *Tiraq. de legib. connubial. glos. 7. & Gonzal. sup. 8. regul. Cancell. glos. 47. num. 20.*

Altero, & secundo modo, consensus expressus requiritur, quando pro forma, & sollemnitate alicuius actus
8 est necessarius; ea ratione, quia cum consensus requiritur pro forma, præsumitur reiectus tacitus, *cap. cum ab vno iuncta glos. in verb. mandantibus,* & ibi *Geminian. nu. 2. de re iudic. in 6. Abb. in cap. dilecti, num. 10. de arbitris,* & faciunt dicta per *Alexand. & Ias. in d. l. licet Imperator de legat. 1. & Tiraquell. de legib. connub. glos. 7. nu. 5.*

Cõsensus autem tùnc requiri pro forma, aut pro sollemnitate videtur,
9 quando fauor publicus, non autem priuatus in eo consideratur; Si verò solummodò fauorem illius personæ, quæ debet consentire admittat, tùnc nullo modo dici poterit esse de forma, ità docuit *Bart. in l. 1. §. sed filius, num. 2. & 3. ff. de leg. 3.* quem ibi omnes communitèr sequuntur, sic etiam *Butrius in c. cum Consuetudinis, nu. 24. & 25. de Consuet.* & ibi *Imol num. 6. Felin. in cap. edoceri, num. 7. in fine de rescriptis, Abb. in cap. causam matrimonij 16. num. 6. de offic. delegat.* & est communis ferè omnium Doctorũ sẽtentia, vt latè per *Tiraquell. de legib. connub. glos. 6. num. 5. 6. & 7. & Gonzales vbi sup. num. 30. cum seq.*

Hinc fit, vt illud quod dicit *Gome-*
10 *sius in regul. de impetr. benef. per obit. famil Cardin. q. 11. nu. 2. & 3. per tot.* procedat in consensu formali, qui requiritur ad integrandum actum, & ad illius sollemnitatem, vt ipsemet ibi affirmat, & in hoc se fundat in *versic. & ideò*, vbi *Mandos. quæst. 26. num. 5. cum seqq. Paris. de resignat. benef. lib. 8. quæst. 8. num. 25. cum seqq. & lib. 9. quæst. 17. num. 67. & 73.* & eo-

dem

idem modo intelligitur *Puteus in decis.282. num.3. lib.3.* vt sic intelligit *Gonzal.vbi sup. num.21.* & latè *Tiraq. d.glos.7.num.5.cum pluribus seqq.* vbi ad propositum multa notanda cumulat; & in his terminis procedunt, ea, quæ pars satis inapplicabilia ad casum nostrum allegabat; nàm verum est requiri expressum consensum, nec tacitum sufficere in his, quę formam, & sollemnitatem actus respiciunt; sed tota vis erat, an in casu de quo disputabatur, consensus requirebatur pro forma.

Et quidem secundum verissimam *Bart.* & cæterorum tàm Ciuilistarum, quàm Canonistarum doctrinam, nullo modo dici poterat, requiri pro forma: non enim huiusmodi consensus respiciebat fauorem aliquem publicum, nec ad aliquem actum integrandum erat necessarius: sed tantùm ad fauorem istius colligirantis, qui debebat consentire, quo casu nullo modo dici poterat requiri pro
11 forma, vt dicunt præcitati Doctores, sed simplex, consensus satis erat sufficiens de quo in commissionali rescripto fiebat mentio, absq; aliqua mentione expressi.

Hoc autem casu, licet sint qui putent, consensum ex sui natura, eam vim obtinere, vt expressus esse debeat, per *tex.in l.1.C.de filiosfam.minor.* vt aduertit *Franc. Aretin. in d. l.2.§. voluntatem, col.2.versic. & aduertè, ff. solut. matrim. & ibi Ias. col. 2. versic. tertiò, & subtiliter, & Dec.in consil.38. sub num.4. ad medium.* Veriùs tamen est sufficere etiam tacitum, vt tradunt per illum *text. Bart. in d. §. voluntatem, num.1.& 2.Ias.num.5.& 6. Glos.& Doct.in cap.ea noscitur,* per illum *text. de his quæ fiunt à prælat. fin.consc.cap.Puteus decis.100.nu.2.lib.2. & decis.181.sub num.2. & decis.190. num.4.lib.3.Rota dceis.16.num.4. de renunc.in antiquis, Tiraquell.d.glos.7. num.6. & Rot.diuers.par.1.decis 788. nu.10.& decis.811. num.19.* & refert post alios idem *Gonzal. vbi sup. n.22.*

Hinc licet in prorogatione Iudicis Delegati de loco ad locum requirarur consensus expressus cum iià specialitèr disponat *d. cap. cæterum cum concord.* Tamen in prorogatione de persona ad personam, quæ magis videbarur accedere ad casum nostrum, cùm rescripti verbà dicant, *Si partes in te consenserint*, & consequentèr loquantur in proroga-
12 tione iurisdictionis, & personæ Iudicis: quàmuis lex requirat consensum, vt habetur *in l.1.& 2.§.conueniré, & §.sed & Iudex, ff.de iudicijs*, sufficit nihilominùs consensus tacitus, quia rescriptum simplicitèr requirit partes consentire debere, nec loquitur de expresso; vndè possunt in consensu tacito verificari secundum *Bald.in l.fin.§.necessitate, num.20.C. de bonis quæ liber.* & sequitur *Menoch.lib.2.præsumpt.19. num.2.* & receptam asserit *Barbos.in l.2.§ fin.nu.17. sol.matr. & in l.1. artic.2. num.8.de Iudic.* & quod sufficiat tacitus videtur probare *text. in cap. cum olim il primo de offic.de leg.* vbi *Panorm. nu.7.* & idem *in cap.P.& G. num.20. & ibi Imol.num.56.eod.tit. de offic.de leg.* & optimè post alios tradit idem *Barbos.in d.l.1.artic.3. num.4. 5. & 6. de Iudicijs, vbi num.8.* addit quod adeò verum est, vt neq; requiratur actus positiuus, ex quo consensus colligi possit, sed sufficiat sola taciturnitas, & patientia, ex traditis per *Castrens. in consil.283. num.1.ad finem lib.1. & Menoch.d.præsumpt.19.à num.6.* Ideò
13 si partes patiantur aliquod decerni contra eos à Iudice, tamquàm Iudice, is tacitus consensus sufficiet ad efficacem inducendam prorogationem, *Alexand. in l.2. num.12. & ibi Ias.num. 20. ff.si quis in ius vocat non ierit*, & optime norat *Berous consil.14. num.10.lib.3.*

Quantò magis igitur erat iudicandus sufficiens consensus in casu occurrenti ex tot, tantisq; actibus posi-

stitiuis elicitus, qui satis erat ad adimplendam, & verificandam clausulam prædictam in rescripto appositam, vt decisum refert idem *Verall. in dec. 82. par. 3. in fine*, vbi licet asserat, quod quando de consensu simpliciter dicitur in Pontificis rescripto, intelligatur de expresso, non autem de tacito, vt per *Alexand. Aretin. & alios in d. l. 2. §. voluntatem*: Nihilominùs asserit, quod est vidēdum apud acta, an aliquis colligi possit consensus,
14 qui esset sufficiens ad effectum de quo agebatur; Et deindè fatetur, quod in eadem causa corā Oradino fuit tentùm esse sufficiens, quod consensus possit elici ex aliquo actu: & proptereà dicebam non esse dubitandum, quin ex tot actibus per partem gestis coram dicto Iudice, cum constitutione procuratoris, & monitionibus, & citationibus, vsq; ad sententiam inclusiuè, colligeretur consensus satis superq; sufficiens ad prędictam prorogationem inducēdam, vt latè concludit post alios doctissimus *Barbos. in d. l. 1. artic. 3. à num. 59. cum pluribus seqq. de iudicijs*, & proindè nullitates nullo modo obstare asserebam.

Sic fuit iudicatum in Curia Illustrissimi, & Reuerendissimi Nuntij Apostolici.

S V M M A R I V M.

1 *Laudemium, siuè quinquagesima pars pretij debetur facta alienatione rei emphiteuticæ.*
.. Non obstante venditione subhasta ad instantiam creditorum.
.. Quia non dicitur vendita ex causa necessaria inspecto initio, sed voluntaria.
.. Quo casu debetur laudimiū, quin etiam prælatio competit.

2 *Laudimium à nouo emphiteuta, seù emptore rei emphiteuticæ debetur domino directo ratione consensus.*
.. Qui requiritur ad laudandū alienationem, & quando immictitur nouus successor in possessione rei emphiteuticæ.

3 *Laudimium appellatur à laudatione.*

4 *Laudimium non debetur domino subalterno, seù primo emphiteutæ, sed domino directo.*

5 *Consensus domini directi solùm requiritur in alienatione emphiteusis.*

6 *Laudimium debetur illi, qui debet præstare consensum.*

7 *Dominus directus mediatus, non autem immediatus, & subalternus requirendus est in alienatione emphiteusis.*

8 *Dominus directus dicitur verus dominus, non autem subalternus.*
.. Et ideò de eo debent intelligi iura de hoc loquentia, non autem de subalterno.
.. Qui vtile tantùm dominium habet.

9 *Laudimij in exactione præfertur ille, qui est maior dominus.*
.. Cum habens vtile dominium dicatur dominus abusiuè.

10 *Dominus vtilis subconcedendo desinit esse dominus.*
.. Et omne ius dicitur translatum in secundum.

11 *Dominus directus sicut præfertur subalterno in alienatione rei emphiteuticæ.*
.. Ità etiam præfertur in laudimio.

12 *Laudemij exactio, & ius prælationis à pari procedunt.*

13 *Prælationi locus non est, vbi consensus non requiritur.*

14 *Consensus vbi non requiritur, non debetur laudimium.*

15 *Consensus domini directi, non autem subalterni in alienatione emphiteusis, requiritur.*

16 *Dominus subalternus tùnc à prælatione excluditur quando concurrit dominus direct⁀s, ex opinione* Io. Fabr.
.. Secùs si non concurrat, quia tùnc etiam subconcedens prælationem obtinebit.

17 Pri-

17 *Primus concedens sicut dicitur dominus directus respectu primi emphiteutæ, ità primus emphiteuta, dicitur dominus directus respectu secundi.*

.. Et ideò dicitur habere omnia illa iura dominicalia, quæ habet dominus directus respectu primi emphiteuta.

.. Sed contrarium ostenditur.

18 *Prælatio debetur ei, cuius consensus necessarius est in alienatione.*

19 *Hæreditatis aditio facta à nepote iussu patris non valet si viuebat auus, qui eos in potestate habebat.*

20 *Ius potestatiuum approbandi alienationem semper remanet penès proprietarium.*

.. Nisi expressè fuerit concessum.

21 *Distinctio* Valasci, & Caldas *reprobatur circa iura dominicalia, num remaneant penès dominum subalternum subconcedentem*, & num. 27.

22 *Dominus subalternus non potest subcōcedendo facere conditionem domini directi deteriorem.*

23 *Distinctio* P. Molinæ *affertur. & cōprobatur.*

24 *Dominus directus concedendo simplicitèr rem emphiteuticam; & sic solùm vtile dominium, si deindè ille subconcessit, nil sibi remansisse dicitur, nisi ius exigendi canonem super impositum, & ius exequendi pœnam commissi.*

.. Quia hæc omnia sunt effectus vtilis dominij.

.. Reliqua verò iura dominicalia remanent penès dominum directum, etiā respectu secūdi, & tertij emphiteutæ, sicut habebat respectu primi.

25 *Dominus directus retinet dominium directum, & ciuilitèr possidet per se ipsum, & naturalitèr per secundum emphiteutam, sicut possidebat per primum.*

.. Secundus verò emphiteuta per se ipsum possidet, vel quasi, vtile dominiū tàm ciuilitèr, quàm naturalitèr.

26 *Directus dominus si concedendo, nedùm vtile dominium in emphiteutam transtulit, sed etiam alios effectus dominij, scilicet priuilegium prælationis, & laudimij, tùnc emphiteuta subconcedendo poterit retinere iura hæc dominicalia, quæ sibi à directo domino fuere concessa.*

28 *Prælationis prorogatiua non competit, nisi ratione directi dominij, quod dominus subalternus nūquàm habuit.*

.. Ideò nō poterit præferri, etiā quod dominus directus non concurreret.

29 *Argumentum à feudo ad emphiteusim non semper valet.*

.. Quia quandoq; diuersa militat ratio.

30 *Decisio S.C. in casu simili affertur.*

31 *Dominus directus consentiendo subconcessioni, videtur ipse secundum emphiteutam inuestire.*

.. Ideò dicitur ille ab eo causam habere, non autem à domino subalterno subconcedente.

.. Et propterea ille directus erit requirendus, non autem subalternus.

32 *Laudimium accipere, & alienationi consentire sunt de dominicalibus; quæ domino directo non subalterno debentur.*

ARGVMENTVM.

Laudimium deberi ratione consensus, qui præstatur alienationi; & proindè solùm domino directo, cuius consensus necessarius est in alienatione emphiteusis competere, non autem domino subalterno, sicut etiam ius prælationis, etiam quod dominus directus non concurreret.

DISPV-

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXVII.



Vplici sanè argumento refellendam prætentionem Camilli Stramboni aliàs dicebã. Vendita.n. subhasta in anno 1627. ad instantiam creditorum, quadam domo magna illorum de Castrococco sita in hac Ciuitate Neapolis in platea Sanctæ Mariæ Constantinopolitanæ, illaq; ad extinctum candelæ remansa Regio Consiliario Marcello Marciano meo genitori, tamquàm vltimo licitatori, & plus offerenti, pro duc. 13500. cum onere cẽsus duc. triginta vnius in beneficium dicti Camilli cessionarij quõd. Fabij Iordani: prætendebat Camillus sibi deberi laudimium, siuè quinquagesimam partem pretij, quo domus illa
1 fuerat vendita, iuxtà dispositionem *text. in l. fin. C. de iure emphit.* vbi omnes, non obstante quod esset vendita subhasta ad instantiam creditorum, tanquã ex causa necessaria, quo casu non deberi laudimium, dixit *Neapod. in Consuet. Si quis emit de iure congrui, & Afflict. in decis. 91. in primo dub.* post *Dec. in consil.* 160. & alios adductos per *Addentes in d. Consuet.* sicut neq; debetur prælatio virtute *d. l. fin. C. de iure emphit.* quoniam dicebat, non posse dici ex causa necessaria, sed potiùs voluntaria, quia attenditur initium, quo ipse voluntariè cõtraxit cum creditoribus, & ideò alienatio oriri dicebatur ex illa voluntaria obligatione, & consequẽtèr debebatur laudimiũ, & prælatio ex dictis per *Tiraq. in tract. lignag. §. 1. glos. in verb. aequipollens, & glos. 4. num. 9. cum seq. Fricc. de subfeud. in 6. limit. ad Constit. Regni Diuæ memoriæ*, & ità decisum refert *Dom. Præses de Franch. in decis. 277. per totum*, non obstantibus dictis per *Napod. & Afflict. vbi sup.* & ità semper iudicati affirmat, allegans *Amadeum de Ponte de Laud. quæst. 27. & Thesaurar. decis. 139.* & iterum de *Franch.* ità declarat *in decis. 488. sub num. 5. & 6. versic. sed in casu.*

Sed ego, dũ de causa propria ageretur ex alijs, nullatenùs laudimium deberi dicebã. Primò, quia ex eodẽ concessionis instrumento constabat, non esse Camillum, siuè Fabium Iordanum, cuius ille erat cessionarius, Dominũ directum, & primum concedentem; sed Dominum subalternum, siuè primum emphiteutam, qui illis de Castrococco subconcesserat, seù subemphiteuticauerat; dùm in eadem concessione idem Fabius fatebatur fundum, seù aream illam esse subnoxiam cuidam censui emphiteutico debito quibusdam Ecclesijs ratione directi dominij.

Secundò: quia licet præfata concessio facta illis de Castrococco legebatur sub natura, & pactis emphiteuticis, erat tamen cum facultate affrancandi in pecunia ad rationem sex pro centenario.

Et quoad primũ, (nàm de secundo in sequenti) asserebam. Laudimiũ
2 à nouo emphiteuta, seù emptore, domino directo deberi ratione consensus, qui requiritur ad authorizandum, seù laudandum alienationem, quando immittitur, & inducitur nouus successor, siuè emphiteuta in possessionem rei emphiteuticæ, neq; hoc posse aliquo modo in controuersiam deduci, cùm ità videatur decernere *Imperator in d. l. final. C. de iure emphit.* ibi: *Non ampliùs eis liceat pro subscriptione sua, vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretij, vel extimationis loci, qui ad aliam personam transfertur accipere*; vbi *Iason* expressè dicit, domino directo deberi laudimium pro consensu, quem præstat, siuè pro inuestitura, & ibi omnes, ità declarant *Clar. in §. emphiteusis, quæst. 23. num. 1. Surd. decis. 31. num. 8.*

num.8.*& decis*.200. *num*. 3. *P.Molin. Iesuita de contract. quaest*.471. *nu*.12. *versic. recedendum non est*, *Dom. de Francb.decis*.201.*in fine*,*& decis*.430. *in fine*, laté *Burgius de Laudim.par*.1. *inspect*.5.*num*.1.*&* 2.vbi dicit, quod
3 ideò appellatur laudimium à laudatione,*& num*.13.& laté *Amic. de iure emphit.quaest*.57.*n*.1.*& quast*.99. *num*.6.

4 Hinc dicebam; laudimium nullo modo deberi domino subalterno,seù primo emphiteutæ, qui rem subemphiteuticauit; sed primo, & directo domino,qui primo concessit: quoniã
5 sicut in alienatione solùm domini directi requiritur consensus, vt habetur in *d.l.final.C.de iure emphit*. ibi: *Minimè licere emphiteutæ,sine consensu domini meliorationes suas alteri vendere*, *&c*. ità & illi dumtaxat soluen-
6 dum est laudimium, quod ratione consensus debetur, ità voluit *Glos.in cap. imperialem in* §. *illud in verb nisi requisitas de prohib feud.alien. per Frideric*.vbi etiam *Bald.num*.5. & idem *in d.l.fin.C.de iure emphit.in verb.aliò versic.tu dic*,& ibidem *Ias.in quaest*.8. *num*.46.*&* 88.*& in l*.3. §.*ex contrario*,*ff.de acquir.poss.num*.78.vbi etiam *Imol.num*.28.*Dec.in consil*.160. *nu*.2 *vers ista conclusio lib*.1. perbellè *Soccin.iun.consil*.70.*num*.6.*lib*.3.*Foller.in pragm.de censib.versic.huiusmodi n*.49. *fol*.36.*Gozzadin.consil*.66.*num*.9. *Bertazzol.consil*.40.*num*.35.*lib*.1.post *Io. Fabr.in* §.1.*num*.5.*ante finem*, *Instit. de locat*. *Corbul.de iur.emphit.de causa priuat.ob non solut. canon. ampliat*.20. *num*.3.*&* 24. *Cassan.in Consuet. Burgund.rubr*.2.§.*fin. post princ. Amad.de Ponte quaest*. 22.*nu*.13.*Valasc.de iure emphiteut.quaest*. 13.*num*. 11. *versic. exindè*, *& quaest*.38. *num*.25. vbi ex *Euerard*.testatur ità fuisse iudicatum, *Strader. de feud.par*.8.*cap*.2. *num*.29. *Rota diuers.par*.2.*decis*.186. *nu*.6.*Paris de Puteo de reintegr.feud. quaest*.90. *num*.1.*circa med.versic.quo casu.Gamma decis.Lusit*.47.*nu*.2.*Dom.de Francb. decis*.437. vbi ità decisum pluries testatur latissimè *Amic. de iure emphit.quaest*.83 *per tot*.& benè *Burg. de laudim.par*.1.*inspect*. 4.*num*.29.*&* 30. vbi ea ratione hoc esse dicit, quia prior,& mediatus dominus, non autem immediatus est requirendus pro
7 consensu alienationis, ac immissionis in possessionem,ex dictis per *Glos. in d.cap.imperialem*,*& Menoch.in consil*.338.*num*.3.*&* 5.cum ipse dominus
8 mediatus dicatur verus dominus directus,& de eo debeant intelligi iura de hoc loquentia, non autem de domino immediato,seù subalterno, qui vtile dumtaxat dominium habere censetur, vt concludit *Clar. in* §.*feudum*,*quaest*.32.*versic.fin*. *Mut.in Consuet.Panorm.cap*.26.*num*.137. *Intrigl. singul*.95. *num*.15.*lib*.3. *Mastrill.in add. ad Petr. de Greg. de concess.feud. par*.1. *versic.de iure communi*, *Rota d. decis*. 168. *num*.6.*vol*.2. dùm firmat,
9 quod in exactione laudimij præfertur ille,qui est maior dominus, cùm habens dominium vtile dicatur dominus abusiuè,*Sola in Constit.Pedem. tit.de iure emphit.glos*.1.*nu*.8. *& Surd. d.decis*.288. *num*.17. & idem *Burgius de laud.d.p*.1.*inspect*.4.*in addit.n*.100. *& seq.& d.num*.30.*&* 31. vbi etiam
10 asserit,quod dominus vtilis subconcedendo desinit esse dominus, & omne ius dicitur translatum in secundũ,& nec ciuilitèr,neq;naturalitèr ius aliquod dicitur possidere,sed tantumodò quædam reliquiæ vtilis dominij penès eum remanere dicũtur, quæ non habentur in consideratione: optimè videndus idem *P.Molina d.disput*. 471. *num*.5. *versic. manet*,*& num*.8.*in fine*: qui alia etiam mouetur ratione,quæ pari passu am-
11 bulat cum prima; nàm inquit ipse: quod sicut subemphiteuta vendente rem emphiteuticam præfertur dominus directus ipsi subemphiteuticanti; ità illi quoq; non autem subconcedenti debetur laudimium; cũ exactio laudimij, & ius ipsum prælationis

12 tionis à pari procedant; quæ quidē ratio, vt dicebam eadem videtur esse
13 cum prima: prælationi enim locus esse non potest, vbi consensus non requiritur, vt dicit *Amad de Ponte quæst.14 & 27.* & latè refert *Niger de laudimio, quæst.45 num.4.* & latissimè *quæst.10. artic.2. à num.73. cum seqq.* & ideò bené dixit idem *Burgius d. inspect.5.nu.11. & seq.* quod vbi non
14 non requiritur consensus non debetur laudimium, sequitur *Surd. decis. 174. num.11.* vbi de communi testatur; Propterea ex his dicebam, quod cum in alienatione rei emphiteuticæ, consensus domini subalterni, seù
15 primi emphiteutæ minimè requiratur, sed tantùm domini directi, ex dictis per *Dom. de Franch. d. decis. 437.* sequebatur necessario laudimium illi deberi, qui debebat prestare consensum, & alienationem laudare, & consequentèr domino directo, non autem subalterno, qui postponitur domino directo in exactione laudimij, ex dictis per *Rotam in d. dec 186. num.6.* & proindè nil deberi concludendum dicebam Camillo domino subalterno.
16 Et quamuis *Io. Faber in d. §. adeò, Institut. de locat. num.5. cum seqq.* eius fuerit opinionis, vt tùnc dominus subalternus excludatur à prælatione, quando cum eo concurreret dominus directus, aliàs etiam dominus subconcedens prælationem obtinebit, ex eo quia sicut primus conce-
17 dens dicitur dominus directus respectu primi emphiteutæ, ità etiam primus emphiteuta erit dominus directus respectu secundi; quamobrem plures etiam dantur domini diuersis respectibus; & propterea emphiteuta subconcedens videtur habere omnia illa iura dominicalia, quæ habet dominus directus respectu primi emphiteutæ, vt latè post alios refert doctissimus *Donat. Anton. de Marin. resolut. quotid. lib. 1. cap. 232. post Valasc. d. quæst. 13. par. 1. num. 12. Cald. lib. 1. de renouat. emphit. quæst. 13. num. 21.* & nouissimè ità etiam decisum refert *Dominus Marchio Torelli Reg. Capyc. Latro dec.46. in 2. dub. num.24. & seq.* & refert etiam elaboratissimus *Thor. in compend decis. tom.3. part.2. in verb. prælatio fol.310.*

Nihilominùs quāuis hoc nil iuuaret, quoad laudimium, quod semper domino directo non autem subalterno debetur, *ex decis. de Franch. 437.* & alijs supra adductis, tamen contraria opinio verior videbatur, etiam in prælatione; quoniam cum prælatio
18 debeatur ei, cuius consensus necessarius est in alienatione, vt dicit *Imp. in d l. final. C. de iure emph.* & solumodò directum dominum esse requirendū, an velit præferri ibidem decidatur, quia apud eum residet ius approbatiuum, *ad textum in l. filiusfam. 91. ff. de acquir. hæredit.* quem adduxit adhoc *Alberic. in l. filium, ff. ad Treb. ll. num.3.* & post eum *Niger d quæst. 10. artic. 2. à num. 73. cum seqq.* vbi disponitur hæreditatis aditionem factam à
19 nepote iussu patris, non valere, si viuebat auus, qui eos in potestate habebat, & optimè *Bald. in l. 4. C. ad Macedon.* dans rationem, quia ius potestatiuū approbandi alienationem
20 semper remanet penès proprietariū, & dominū directū, nisi expressè fuerit concessū, & sequitur etiam *Roman. in d. l. filiusfam.* & propterea dū ipse dominus directus solumodò erat requirendus, ipsi soli iure meritò debebat cōpetere prælatio, nō autē subalterno cuius consensus in alienatione necessarius non est, etiam quod non concurreret dominus directus; & eadem ratione ipsi soli debebatur laudimium, quod etiam ratione consensus conceditur.

Nec multi esse faciendum dicebam quoad hoc, de relatis per *Valasc. & Caldas* circa iura dominicalia, que
21 remanere dicuntur penès primum emphiteutam subconcedentem secundùm illorum distinctionem; dùm dicunt:

dicunt:quod aut primus emphiteuta subemphiteuticando nihil sibi reseruauit, sed subconcessit pro eodem canone,pro quo ipse habuit, & tùnc nihil remansisse penès eum dicendum;cùm vtile dominium,quod ipse habebat, in secundum emphiteutam transierit. Aut verò subconcedendo aliquod reseruauit vltrà canonem domino directo debitum, & tunc penès ipsum remansisse iura dominicalia fatentur respectu secundi emphiteutæ, quam distinctionem videtur, etiam sequi *Burgius d.inspect.4.n.31. & 32. & de Marinis, & Dom. Marchio Latro vbi sup.* post hæc scripta in lucem edita. Quoniam huiusmodi distinctio non videbatur vndiq; tuta; nō enim poterat primus emphiteuta
22 subconcedendo per reseruationē facere conditionē domini directi deteriorem, nec dominiū esse poterat pe-
23 nès duos, ideò *P.Molin. in d. disput.*471.aliā satis iuridicā facit distinctionem,ex qua videbatur posse satis optimè decidi huiusmodi disputatio: Dicit enim, quod si dominus directus,quando rem in emphiteutā concessit, & vtile dominium transtulit in primum emphiteutam; illud transtulit simplicitèr, vel solùm cum potestate subconcedendi absq; alia expressione; Aut verò concedendo trāstulit nō solùm vtile dominium cum potestate subemphiteuticandi, sed etiam in eum transtulit alios effectus directi dominij,nimirùm,vt nullo requisito consensu valeat subconcedere, & alienare,cum priuilegio etiā prælationis, & laudimij consequendi,& similia, quæ sunt effectus directi dominij?

Si sumus in primo casu, quando scilicet simplicitèr concessit, nec cō-
24 stat fuisse translatum in primum emphiteutam aliud, quam vtile dominium,tùnc dicendum inquit *Molina*: quod quando deindè primus emphiteuta subconcedit, nihil sibi remansit, nisi ius illud exigendi nouam illam impositionem, siuè canonem super impositum, ac etiam ius exequēdi pœnam commissi, si fortè ob non solutum canonem in commissum inciderit, recuperando illud vtile dominium, quod in secundum emphiteutam transtulerat; quia hæc omnia sunt effectus vtilis dominij, non autem directi: Reliqua verò iura dominicalia, quæ domino directo, ratione proprietatis,& dominij competunt;remanent penès ipsum dominum directum,etiam respectu secundi, & tertij emphiteutæ sicut habebat respectu primi:& propterea si secundus emphiteuta rem emphiteuticam alienet; ipsum dominum directum requirere tenetur,non autem primum emphiteutam subconcedētem,an præferri velit: & consequentèr illi competit prælatio, vel laudimium consentiendo, & approbando alienationem, non autem subalterno, qui requiri minimè debet, siuè concurrat, siuè non, dominus directus: Cùm iste retineat dominiū
25 directum, & ciuilitèr possideat per se ipsum, & etiam naturalitèr per secundum emphiteutam sicut possidebat per primum; Secundus verò emphiteuta per se ipsum possidet, seù quasi, vtile dominium tàm ciuilitèr, quàm naturalitèr, vt latè fundat idē *P. Molin. disput.12. & d. disput.* 471. ergò nihil remanere poterit penès primum emphiteutam, siuè dominū subalternum, quæ secundo subconcessit,vt dixit etiam *Surd. in consil.22. num.* 38. quia directum dominium numquàm habuit, neq; vtile quia subconcessit: & ideò tantumodò ius illud incorporale reseruatum in re ipsa emphiteutica habere dicitur,nimirùm exigendi canonem super impositum,& ius pœnæ commissi, quæ sunt effectus vtilis dominij, vt diximus, & optimè explicat idem *P. Molina* omninò videndus *d. disputat.* 471.*per totum*, vbi omnibus cōtrarijs respōdet,& præcipuè *Velasc.& Cald,*

Si ve-

Si verò sumus in secundo casu: & tùnc quia primus directus dominus concedendo in emphiteusim, nedùm vtile dominium, sed etiam alios esse
26 ctus directi dominij in emphiteutam transtulit, non minùm si deindè ille subconcedendo, retinere possit iura dominicalia, quæ sibi à domino directo fuere concessa, sequitur igitur hanc *Molinæ* opinionē optimè *Amic. de iure emphit. dict. quæst.* 83. *per tot.* & latissimè idem *Niger d.quæst.* 10. *artic.*2.*à num.*73.*cum seqq.* vbi benè comprobat.

Ex hac etiam *Molinæ* distinctione videtur reijci altera opinio *Io.Fabri*,
27 & sequacium, dicentium hoc benè procedere quando dominus directus concurreret, secùs si non cōcurreret: quoniam si penès dominum subalternum, subconcedendo nihil remansit de iuribus dominicalibus, dùm à domino directo nil aliud, nisi dominium vtile habuit: nec eius consensus fuit necessarius; nullo modo poterit ei competere prælatio, neq; laudimium, siuè concurrat, siuè non dominus directus; quia huiusmodi prælationis prærogatiua non
28 competit, nisi ratione directi dominij, quod ipse subconcedens numquàm habuit, nec in eum fuit per dominum directum aliquo modo translatum, & propterea non poterit illa vti, etiam quod dominus directus nō concurreret, sed tantùm exercere poterit ius exigendi portionem superadditam, & pœnam commissi, quę sunt effectus vtilis, non directi dominij, vt optimè docet idem *P.Molin. vbi sup.* vbi etiam respondet ad argumentum, quod fit de feudo, à quo valet argumentum ad emphiteusim, vt larè cumulat *Valasc. quæst.* 39 *nu.* 19.*ex d.cap.imperialem*, *§ illud quoq; de prohib.feud.alien per Frider.* vbi deciditur, quod vassallus recognoscit in dominū ipsum subconcedentem à quo immediatè causam habet, vt dicit ibi *Bald.num.*2.*versic si autem pertineret*, & etiam *ex cap.* 1.*§.similitèr de lege Corradi*, ibi: *In feudum tamen rectè dabit, si secunda persona sit talis, quæ feudo seruire possit, vt si dant miles est, & ille qui accipit feudum inueniatur miles*, & argumentatur *Caldas de renouat.lib.* 1.*quæst.*13.*nu.*20. vbi multa cumulat post *Dom. de Franch. in d. quæst* 437. *num.*2. Quoniam præterquàm quod non semper valet ar-
29 gumentum de feudo ad emphiteusim, quia militat quandoq; diuersa ratio, & præsertim hoc casu, in quo de iure feudorum est decisum contrarium, quàm de iure emphiteutico; nihilominùs non potest hoc procedere; quod possit subemphiteuticare sine consensu domini, sicut posset subinfeudare, quia cùm illa iura feudalia sint exorbitantia, vt possit quis subinfeudare sine cōsensu Principis; & domini directi, non possunt extendi ad emphiteusim in qua viget ius speciale, vt non possit in aliū transferri, nisi de consensu domini directi, vt benè etiam resoluit *Mantic.de tacit. & ambig.lib* 22.*tit.*28.*nu.* 14.*versic.neq; obstat*, & sequitur optimè *Amic.d.q.*83 *per tot.& n* 12.*cum seqq.*

Et ità sub die 26.Martij 1653. referente Regio Consiliario Francisco Antonio Muscettula S. C. Decano meritissimo, in Aula vbi ego resideo,
30 fuit per S.C.decisum, in causa Venerabilis Monasterij Sanctæ Mariæ in Portieu donatarij, & hæredis quond. Ducissæ Grauinæ cum Andrea Scafoglierio in Bāca de Ciano pro Carbono, in qua decisione ego cum alijs de Aula interfui, decisum contra Monasterium; & denegata prælatio prædictis patribus dominis subalternis, non obstante quod non concurreret Ecclesia Sancti Petri Martinis domina directa.

Et ex his dicebam nullo modo competere laudimium Camillo Scrābono domino subalterno, cuius consensus non requirebatur, cum prælatio, & laudimium à pari procedant, dùm

dùm vtrumq; debeatur ratione consensus, & directi dominij ratione, quod nullo modo competebat domino subalterno, prout erat Camillus, vt latissimè post alios concludit etiam, & defēdit idem *Niger d.quaest. 10.artic.2.per totum*, vbi aliam etiam tradit distinctionem, quae re vera eadem videtur esse cum illa *Patris Molina*, & concludit quod domino directo mediato debetur laudimium, non autem domino subalterno, & immediato; & addit quod licet *Rota Romana coram Coecino* contrarium iudicauerit; tamen visis eius scriptis; fuit causa iterum proposita, & recessum ab his, quae fuerant anteà priùs relata à *Coceino*, vt patet ex *decis.* 2. quam ipse imprimi curauit *lib.2.in fine*, vbi *Rota* aliam addit rationem scilicet,
31 quod dominus directus consentiendo subconcessioni videtur ipse secūdum emphiteutam inuestire, & illum ab eo, non autem à domino subalterno causam habere, & consequenter illum esse requirendum, & propterea ratione consensus illi deberi laudimium; cum consentire, & laudi-
32 miū recipere sint de dominicalibus; quamobrem quod debeatur domino directo, non autem subalterno, renuit *Camill. Borrellus in summa decision.tit. de laudimio, num.* 100.*versic.si primus, & Thor. in prima parte compend. in verb.laudimium, fol.* 306.*col.*2. *versic. quarto*, & latè *Episcop. Riccius ad d.decis.de Franchis* 437.

Vide in sequenti.

SVMMARIVM.

1 *PActum affrancandi dicitur imprescriptibile.*

2 *Imprescriptibilia sunt ea, quae sunt merae facultatis.*

.. Nisi intercesserit contradictio, & ille acquieuerit spatio 30. *annorum.*

3 *Facultas quando potiùs videtur sonare in factum, quàm in ius, cum non dirigatur ad aliud de nouo acquirendum, sed ad conseruandum ius iàm quaesitum, tùnc dicitur facultas, non actio.*

4 *Ex pacto affrancandi oritur ius concessionario excipiendi.*

5 *Exceptionis natura sicut perpetua est ità ius offerendi est vti sequela exceptionis.*

6 *Ius offerendi quando inhaeret exceptioni, & retentioni, tùnc tali iuri nō magis praescribitur, quàm ipsi retentioni, & exceptioni, quae perpetua est.*

7 *Praescriptiones fuerant introductae, vt per eas obuietur iuri agendi, non autem excipiendi, & retinendi.*

.. Et ad conseruationem possessionis, non autem contra.

8 *Doctrina* Tiraquell. *adducitur, & enucleatur.*

9 *Opinio, quod pactum affrancandi sit praescriptibile declaratur, vt procedat quando experitur via actionis.*

.. Secùs si per viam exceptionis, & retentionis affrancatio opponatur.

.. Quia tùnc imprescriptibile est, etiam quod non fuerit appositum verbum quandocumq; vel aliud simile perpetuitatem denotans.

.. Multò igitur magis quando adsunt haec verba infinitatem denotantia, praesertim copulatiuè.

10 *Praescriptioni* 30. *vel* 40. *annorum de consensu partium potest renunciari.*

.. Ideò sicut expressè, ità tacitè ex dictis verbis perpetuitatem denotantibus.

11 Text.in l.2. C.de pactis inter empt. & vendir.*affertur, & explicatur.*

12 *Facultas redimendi simpliciter concessa intelligitur infrà* 30.*annos.*

.. Quia tantò tempore praescribitur omnis actio, & dicitur tempus certū.

13 *Superfluum in iure non est praesumendum.*

14 *Quod possit affrancari, etiam post* 30. *annos tenent nonnulli qui allegantur.*

15 *Pactum, quod possit redimi vltrà* 30. *annos, vel aliud longissimum tempus valet.*

16 *Infinitas, & perpetuitas tollerantur*

quando ex partium voluntate nascitur.

17 *Redhibitoria actio licet sit bimestris, tamen si conuenerit, vt in perpetuum redhibitio fiat, valet conuentio.*

18 *Verba* Quandocumq; toties, quoties perpetuo, *& similia, perpetuitatem, & infinitatem important.*

19 *Verba* Quandocumq; *& similia licet aliquando intelligantur temporaliter; adeò vt non excludant praescriptionem* 30. *annorum.*

..Tamen hoc procedit quando proferuntur à lege; secùs si ab homine.

20 *In pluribus regionibus potest quandocumq; redimi, non obstante praescriptione* 30. *annorum.*

.. Et Praecipuè in Regno Neapolis.

21 *Pactum affrancandi transit nedùm ad omnes haeredes, etiam extraneos, sed ad cessionarios, & singularem successorem.*

22 *Emptor in quem omnia iura transferuntur poterit vti iure affrancandi.*

23 *Res etiam, quod esset deuoluta, & alteri concessa poterit tamen emphiteuta vti huiusmodi affrancatione.*

24 *Pactum affrancandi est quid diuersum ab emphiteusi.*

.. Vndè emphiteuta licet cadat à iure emphiteutico, non tamen cadit à iure affrancandi.

25 *Poena legalis respiciens principalem contractum non est trahenda ad pactum tamquàm quid diuersum.*

26 *Contractus emphiteuticus cum pacto affrancandi, secundum rei substantiā dicitur potiùs contractus emptionis & vēditionis, quàm emphiteusis.*

.. Repugnat enim substantiae contractus emphiteutici in multis.

27 *Pactum affrancandi idem est quod de vendendo.*

28 *Pactum affrancandi licet sit voluntarium respectu emphiteutae; est tamen necessarium respectu concedentis, qui ad affrancandū cogi poterit.*

.. Ideò respectu concedentis dicitur perfecta venditio, quia ampliùs renuere non potest.

.. Praecipuè stante oblatione pretij facta pro affrancatione.

.. Quae sufficit, vt ipso iure dicatur facta affrancatio.

29 *Vendere satis dicitur quoad se, qui se obligat, vt inuitus vendere cogatur.*

30 *Ex pacto affrancandi colligitur; noluisse contrahentes directum dominium perfectè remanere penès ipsum concedentem.*

31 *Perfectè haberi non dicitur, quod à nobis auocari potest.*

32 *In contractu emphiteutico cum pacto affrancandi habet locum ius protbomiseos.*

.. Quia non videtur esse re vera contractus emphiteuticus, sed emptionis, & venditionis.

33 *Laudimium non debetur, nisi in vera, & propria emphiteusi, non autem in abusiua.*

.. Nec in contractu pignoratitio, & simili.

34 *Praelatio non competit domino directo in contractu cū potestate affrācandi.*

35 *Laudimium non debetur, ex contractu emphiteutico cum potestate affrancandi in pecunia.*

36 *Oblato pretio pro affrancatione ex pacto ab initio apposito dicitur resolutus, & extinctus contractus emphiteuticus, & transfusus in emptionē.*

37 *Contractus huiusmodi; affrancatione pendente licet dicatur emptionis respectu concessionarij, & vicini, adeò vt concedatur ius congrui; respectu tamen concedentis dicitur interim emphiteusis, secundum* decis. de Franchis 610.

.. Sed contrarium demonstratur esse de iure.

38 *Concedens, & concessionarius sunt correlatiui, & ideò non debent ad imparia iudicari.*

39 *Argumenta* Domini de Franch. in dec 610. *retorquentur in contrariū.*

.. Tùm etiam, quia decisio processit ex alia causa.

40 *Pactum praelationis, vt venditor praeferatus in alienatione non repugnat*

contra-

contractui emptionis, & venditionis.

41 *Per pactum nobis licere dicitur, quod sine pacto non conceditur.*

42 *Dominus concedens si prælationem petierit, & emptor ex pacto vult affrancare offerendo pretium, non datur prælatio.*

ARGVMENTVM.

Pactum affrancandi in contractu emphiteutico imprescriptibile esse, ac transire ad omnes hærédes, etiam cessionarios, & singularem successorem, nec non operari, vt habeatur, ac si esset contractus emptionis, & venditionis, adeòvt nedùm denegari debeat prælatio domino directo, sed neq; laudimium illi competat, stante præcipuè oblatione pretij pro affrancatione.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXVIII.



EX alio etiam argumento, pretentionē Domini Camilli Stramboni, de qua in præcedenti etiam disputauimus, circa prætensum laudimium, euanescere dicebam. Indubitatum enim erat in facto, adesse in concessionis instrumento pactum affrancādi censum emphiteuticū quādocumq; ipsi cōcessionario placeret in pecunia ad rationē sex pro centenario: Hoc autē pactū affrancādi esse
1 inprescriptibile asserebā, quotiescūq; aderāt verba perpetuitate denotatia, & primò nō esse prętermictendū existimabā: quod hoc pactum videbatur esse quid mære facultatis, & propterea imprescriptibile vti sunt ea, quæ
2 sunt męrè facultatis, *ad tex. in l. 1. ff. de seruit. Bart. in l. quo minus, num. 27. de fluminibus, & Thesaur. decis. 16. num. 2. & 3.* nisi tamen adfuisset contradictio, & ille acquiesceret per tempus longissimum, vt tradit *Ripol. var. c. 11. de empt. & vendit. num. 242.* & refert *Fontanel.* post hęc scripta in lucē editus *dec. 75. n. 15.* nec officere quod descendat ex contractu, & proindè męreri videatur potiùs nomen actionis, quam facultatis, & per cōsequēs esse prescriptibile spatio longissimi tēporis 30. vel 40. annorū sicut præscribitur omnis actio, vt declarat *Bart. in l. pignori, ff. de pignor. & Ant. Fab. in C. lib. 7. tit. 13. de præscript. diffinit. 4.* quoniam secundum *Barbosæ* distinctionē *in l. cum notissimi, C. de præscript. 30. vel 40. annorum, nu. 64. & 77. cum seq.*
3 cum facultas hęc videarur potiùs sonare in factum, quam in ius, cum non dirigatur ad aliud de nouo acquirēdum, sed potiùs ad conseruationem iuris iàm ex dicto concessionis contractu quæsiti; poterat iure optimo appellari potiùs facultas, quam actio: & propterea iudicari inpræscriptibile: quàm etiam distinctionem licet alijs verbis sequitur idem *Fontanell. d. decis. 75. nu. 23. & 24. cum seqq.* vbi adhoc etiam allegat *Menoch. in consil. 143. num. 28. & consil. 201. num. 62.* Secundò, ex alio dicebam non posse præscribi authoritate *Decij in consil. 164. incip. non fuisset col. vlt. num. 4. versic. sed breuiter,* vbi docet, quod ex
4 tali pacto acquiritur ius concessiona-
5 rio excipiendi; & sicut natura exceptionis perpetua est, *l. purè in fine, ff. de doli except.* ità videtur quod istud ius offerendi pretium pro affrancatione; quod est sequela exceptionis perpetuum sit, & nullo tempore præscribatur, vt videtur concludere

Bart. in d. l. pignori, ff. de pignor. in secundo membro distinctionis, allegans *text. in l. Paulus*, §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hipoth. solut.* vbi decernitur, quod si possideo pignus, habeo ius offerendi, & ad conseruandam retentionem rei semper possum offerre, & ità declarat, & sequitur etiam *Anton. de Butrio in cap. quoniam frequenter in fine, vt lite non contestat.* tradit etiam idem comprobans *Signorol. de Homod. in consil.* 140. *col.* 1. vbi asserit,
6 quod quando ius offerendi inhæret exceptioni, & retentioni, vt in terminis *d. l. Paulus*, §. 1. *& l. mulier, ff. qui potior. in pignor. cum concord.* tùnc tali iuri non magis præscribitur, quàm ipsi retentioni *d. l. purè de doli except.* eò magis quia præscriptiones sunt
7 introductæ, vt per eas obuietur iuri agendi, non autem excipiendi; & retinendi, *l. sicut, C. de præscript. 30. ann. & l. 1. C. si aduers. credit.* quia sunt inuentæ ad conseruationem possessionis, *l. legata, ff. de leg. 1. & l. cum tale, §. vltimo, ff. de condit. & demonstrat. & l. 2. § vltimo, C. de iuram. calum. Angel. Aret. in §. actionum, cart. 11. versic. ex his omnibus, Institut. de action.* docuit idem *Decius in cap. si autem, col. 3. versi. & retecta de rescriptis*, & appositissimè in *l. petens, col. 3. C. de pactis*, sequitur optimè *Crauett. in consil. 71. n. 4. vers. tertio ista difficultas*, & latè iusta mo-
8 rem *Tiraquell. de retract. conuent. §. 1. glos. 2. sub num. 32. versic. Porro*, vbi licet anteà affirmauerit opinionem cõtrariam, quæ pro præscriptione concludit, esse sequendam in eo Regno ob arrestum supremæ illius Curiæ; eam tamen principaliter limitat, vt
9 procedat quando venditor, vel etiam possessor via actionis experiretur, vt emptor, vel concedens cogatur reuendere, vel affrancare; Secùs si via exceptionis, & retentionis affrancationẽ opposuerit, vt in exemplo per ipsum tradito; quando scilicet Titius vendidit Caio vnum vectigal, siuè redditũ annuum super omnibus bonis, pretio centum aureorum ea lege vt possit dictum vectigal, siuè redditum quandocumq; redimere restituto pretio: modo elapsis 30. annis Titius recusat soluere illud vectigal, sed Caius illud petit, Titius offert pretium illud centum aureorum, & vult redimere vectigal, certè inquit *Tiraquell.* quæritur ius Titio excipiendi, vt vlterius cogi non possit ad soluendum pensitationes, & redditus, & ideò non obstat ei præscriptio 30. annorum, prout in casu occurrenti, in quo dominus subconcedens petebat laudimium, & ei opponebatur excipiendo de pacto affrancandi; & propterea hoc casu non procedit præscriptio, quæ fuit introducta ad fauorem possessorum, non autem in odium *d. l. legata, ff. de leg. 1.* & ideò concludit *Tiraquell.* quod hoc casu pactum sit inpræscriptibile, etiam si non fuerit appositum verbum *Quãdocumq;* aut simile, sed simpliciter cõcessum fuerit, sine alia præfinitione temporis, sequitur etiam latè *Menoch. in consil. 1147. vbi nu. 8.* benè comprobat, alios quamplures allegans, & latissimè *Fontanell.* post hæc scripta in lucem editus in *d. decis. 75. num.* Quantò magis igitur, quando adsunt verba *Quandocumq; toties quoties*, & similia perpetuitatem denotantia, cessabit præscriptio? vt videtur sentire *Farinac. in repertor. de contract. q. 29. nu. 5. fol. 116.* vbi præcipuè quando huiusmodi dictiones copulatiuè sunt positæ.

Ad cuius corroborationem, considerabam etiam, quod vt refert idem
10 *Tiraquell. in d. §. 1. glos. 2. num. 14.* potest ex consensu contrahentium renunciari præscriptioni 30. vel 40. annorum, ergò si possunt expresè, idẽ videntur posse tacitè, cùm in pacto adiecerint verba illa perpetuitatem denotantia, ex quibus nedùm tacitè, sed expresè videntur præscriptioni renunciasse, vt considerat idem *Fontanell. decis. 76. à num. 5. cum seqq.*

quod

quod etiam satis optimè fundari videtur, *ex l. 2. C. de pactis inter emptorē, & venditore*: vbi *Imperat.* ità decer-
11 nit: *Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, vt siuè ipsi, siuè hæredes eorū, emptori pretium quandocumq; vel intrà certa tempora obtulissent, restitueretur, teq; parato satisfacere conditioni dictæ, hæres emptoris non paret; vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, &c.*
Ex cuius legis verbis illud clarè videtur colligi, Imperatorem voluisse omnem casum redimendi comprehēdere, aliàs deficeret lex in hoc casu contra *l. 1. C. de his quib. vt indign.* præsertim cum nulla alia lex sit, quæ de hoc disponat; quamobrem sub illa parte, *vel intrà certa tempora*; voluit *Imperat.* comprehendere casum quando ità concepta est facultas redimendi, vt intrà decem, vel viginti annos, vel aliud tempus expressum possit exerceri, vel etiam quando nulla data temporis præfinitione, sed simpliciter fuit redimendi facultas concessa, quo casu intelligi-
12 tur infrà 30. annos; vt respondit *Angel. in consil. 55. per l. si quis, §. 1. C. de præscrip. 30. ann. & l. 1. C. de ann. except.* cum alijs per eundem *Tiraquel. d. §. 1. glos. 2. num. 1.* & considerat *Hieronym. de Laurent. in decis. Auenion. 129. nu. 3. in fine*, quia tanto tempore actio personalis tollitur, *l. sicut, C. eod. tit. de præscript. 30. ann.* & hoc tempus 30. annorum dicitur esse certum cùm à Iure statutū sit. Ideò dicit *Tiraquell.* cùm hoc tempus 30. annorum vti certum contineri videatur in illa parte legis, vbi ait: *Intrà certa tempora*; consequens est, vt in illa alia parte vbi dicit *Quandocumq;* aliud maius tempus 30. annorum intelligi debeat, aliàs illa pars, seu membrum
13 esset omninò superfluum, quod non est præsumendum, ad *text. in l. ait Prætor, §. 1. ff. de iureiurando.* Etenim si sub illa verba *Quandocumq;* voluisset Imperator tantum comprehendi tempus intrà 30. annos, satis fuisset dicere intrà certa tempora, vel etiam simpliciter, vt liceret offerre, & redimere; præterquàm quod non fuisset lex generalis comprehendens omnes casus, & præsertim hunc vltrà 30. annos, & propterea hoc casu posse venditorem, seu concessionarium
14 quandocumq; etiam post 30. annos redimere, tenet *Fabian. de empt. & vendit. in 13. quæst. 7. quæst. princip. & Barbat. in cons. 5. incip. scripsit sapiētia fons, col. 8. versic. capio secundum lib. 1.* vbi ità consultum fuisse ab Excellentissimis Iuris Peritis testatur, *& in consil. 22. clementissimum in vltimo dubio lib. 4. Crot. in l. nemo potest col. 1. versic. nota etiam, ff. de leg. 1. Alciat. in l. petens in glos. 1. in fine, C. de pactis*, qui hanc opinionem tamquàm æquissimam tenendam dicit in practica, & cæteri per eundem *Tiraq. n. 15 & 16.* vbi ait ante hos omnes huius quoq; sententiæ fuisse *Raphal. Fulgos. in consil. 123. & Bald. in sua Margarit. in verb. præscriptio in princ.* dum asserit præscriptionem non procedere aduersus illū, qui ex pacto potest quādocumq; agere, & per consequens, ait nec tunc præscribetur iuri offerendi per *d. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit.* & latiùs considerat, & comprobat idem *Fontanel. in dec. 76. nu. 2. & seqq.* vbi ad hoc etiam allegat *Geuall. com. contra com. quæst. 207. nu. 16.*
Prætereà valet pactum, quod possit redimi vltrà 30. annos, vel aliud
15 tempus longissimum, imò vltrà centum annos, argumēto *l. fin. ff. de fund. instruct. & l. & in maioribus, C. de appellat. & l. de die cum l. seq. ff. de pactis dotal.* quia licet videatur importare
16 perpetuitatem, & infinitatem, toleratur quando hoc ex partium voluntate nascitur, *l. cum quidam ff. de vsu, l. si ità stipulatus Seio fuero, & ibi Bart. ff. de fideiuss. l. in annalibus, C. de legat.* cum alijs per *Tiraquell. vbi sup. nu. 15.* ergò cur non valebit perpetuò redimere, si apposuerint partes verba huiusmo-

iusmodi perpetuitatem denotantia, vt habetur in l.1.§.1. ibi: *Toties quoties*, §. si fam. furt. fecisse dicat. vel quandocumq; vel perpetuo: ad quod optimè etiam facit tex. in l. quod si nolit 31. §. si quis ità venierit, ff. de ædilit. edicto, vbi licet actio redhibitoria sit
17 bimestris, tamen inquit *Vlpianus* si conuenerit, vt in perpetuum redhibitio fiat, valere conuentionem, & ità exclamat *Hieronym. de Laurent. d. decis. Auenion. 129. num. 5. per totum*, & cum nouissimè sequitur idem *Fontanell. d. decis. 76. num. 18.* & per illum text. dicunt *Bald. & Angel. ibid. in*, quod quando apponitur hoc verbũ *Quandocumq;* vel *in perpetuum*, non currit præscriptio: cum cæteris per eundem *Tiraq. num. 18. & seq.*

Quod autem huiusmodi verba *Quandocumq; toties, quoties, in perpe-*
18 *tuum, & similia*, importent infinitatẽ, docet expressè *Bart. in l. qui bona, §. vlt. ff. damn. infecto*, vbi etiam *Imol. & Alexand.* & idem *in l. si stichum, §. 1. col. 2. versic. nec obstat ratio, ff. de verb. obligat.* & ante eos *Glos. in l. fideicommissa, §. si quis decem in verb. quã semel in princip. ff. de leg. 3.* cum alijs per eundem *Tiraq. vbi sup. num. 19.*

Et quàmuis aliquando, huiusmodi dictiones *Quandocumq; toties, quo-*
19 *ties perpetuo*, & similes, intelligi possint temporalitèr, ità vt non excludãt præscriptionem 30. annorum authoritate *Glos. in verb. Quandocumq;* vbi etiam *Isern. Bal* & cæteri *de feudo dato in vim leg. commiss* quę docet, quod quàmuis *text.* ibi dicat, debitorem quandocumq; soluendo posse recuperare pignus, quod dederat sub pacto legis commissoriæ, intelligitur tamen, nisi effluxerit tempus 30. annorum cui similis est alia *Glos. in l. 1. in verb. præscriptionem, C. de bonis matern.* quæ ad illum *text.* cuius verba sunt; *Nullam poterit præscriptionem opponere filijs quandocumq; rem suam vindicãtibus*, addit, *Nisi 30. annorum*, quam *Gloss.* post *Cornutum*, expendit ad hoc idem *Tiraquell. vbi sup. nu. 9. & seq.* vbi alia similia idem comprobantia adducit.

Nihilominùs hæc omnia procedunt, quando huiusmodi verba proferuntur à lege, tùnc enim intelliguntur temporalitèr, & ciuilitèr, secùs si ab homine, quia tũc intelligũtur naturalitèr, & secundum illorum mentem, vt ex *Bruno* explicat *Cephal. in consil. 40. num. 6. lib. 1. & Facchin. lib. 2. cap. 13. circa finem*, & nouissimè idem *Fontanell. d. decis. 2. nu. 2.* vbi inuehit contra *Surd. in decis. 2. num. 22. & Gratian. discept. forens. cap. 2. nu. 16.* qui dicunt hoc falsum; præcipuè cùm dictiones huiusmodi suaptè natura infinitatem significant.

Et propterea addit *Fontanel.* quod nõ solũ in Cathalonia seruatur, posse redimi, non obstante præscriptione 30. annorum; sed etiam in pluribus
20 locis, & præcipuè Neapoli, allegans *Riccium in collect. 285. & Thor. in compend. in verb. pactum de retrouendendo, fol. 315. & in Regno Siciliæ*, vt per *Anton. Amat. resol. 19.*

Insuper huiusmodi pactum transire nedùm ad hæredes omnes, etiam extraneos, sed ad cessionarios, & sin-
21 gularem successorem non ambigigitur, vt post *Castr.* tradit eruditissimus *Alciat. in consil. 7. nu. 9. lib. 1. Card. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 22. tit. 10. num. 20. Menoch. in cons. 1186.* & in specie *Gratian. cap. 477. num. 16.* venit enim hoc ex natura contractus, vt pacta trãseant ad quoscumq; hæredes, *l. si pactum de probat. Glos.* quam omnes sequuntur *in d. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit.* ideò cessionarius poterit vigore pacti rem redimere, & vti iuribus sui principalis, *Dec. in d. consil. 164. nu. 19. Roland. à Valle in consil. 28. num. 2. vol. 2. Boer. decis. 182. num. 2.* & cæteri per *Bergnin. decis. Fruizan. 16. num. 27. vol. 2.* & videtur tenere *Dom. de Franchis in decis. 267. sub num. 2. versic. nec ei obstare*, vbi dicit, quod emptor in

quem

22 quem omnia iura transferuntur poterit vti isto iure affrancādi, quia huiusmodi pactum videtur afficere rem ipsam, & transit cum ea ad quēcumq; vadat *Tiraquell. d.§.1. glos.7. num.7. Borgnin. d. decis.16. num.6. cum seq. & decis.32. num.42. vol.2. Cassan. consil.33. num.15. Couarr. lib.3. variar. cap.3. & Magon. decis. Lucens.80 nu.2. Ioseph Ludouic. com. opin. quaest.16. & Anchar. regens. quaest.45. col.1. par.2.*

23 Ideo etiam si res ipsa esset deuoluta, & alteri concessa, nihilominùs vigore huiusmodi facultatis, & pacti poterit ipse emphiteuta, siuè eius hæres, siuè cessionarius illam recuperare, *Purpurat. consil.505. num.6. Paris. consil.54. num.81. lib.1. Sola in Constit. Sabaud. tit. de iure emphit. in 3. & vlt. par. decreti, glos.1. num.19. & 25.* & reuendere obligatus non posset opponere de nullitate cessionis, & sic de illo iure tertij, *Bursat. consil.339. n.4. vol.3.* & idem *Borgnin.2. dec.16. n.28.*

24 Quinimò quia hoc pactū est quid diuersum ab emphiteusi, licet emphiteuta cadat à iure emphiteutico, & à principali contractu ob canonem forsitàn non solutum, vel alitèr, non tamen cadit à iure affrancandi sibi concesso: & licet aliqui distinguere videantur, an sit appositum pactum in ipsa concessione emphiteusis vel post, tamen magis communitèr indistinctè hoc procedit, vt tradit *Gozzadin. in consil.86 nu.26. Ias. & alij* quos adducit *Bursat.* qui de communi testatur *in consil.60. nu.30. vol.1. Dec. in l. bonæ fidei, C. de pactis, Alciat. in l. petens, num.11. & 18. C. eod. tit.* & idem *in consil.104. aliàs 109 n.4. lib.6. Corn. in consil.288. col. pen. lib.3.* qui omnes reprobant *Cepol. de simulat. contract.* contrarium sentientem

25 ex eo, quia pœna legalis respiciens principalem contractum non est trahenda ad pactum, tamquàm quid diuersum, & separatum, *l. ex facto, ff. de condit. & demonstr. & Grattan. d. cap. 477. num.10. & seq.* vbi optimè, & meminit latè *de Franchis in d. decis. 267. & Menoch. de arbitr. lib.2. cent.3. casu 275. num.20.*

Ex hoc igitur pacto affrancandi dicebam elici conclusionem, quod contractùs licet sub nomine emphiteusis perpetuæ fuerit conceptus, tamen non attendendo corticem verborum, sed substantiam rei, debebat in effectu iudicari contractus em-

26 ptionis, & venditionis, itàut non sit aliquo modo considerabilis emphiteusis; sed ipsa dominij trāslatio, quæ fit per huiusmodi conuentionē luendi: quæ quidem repugnat substantiæ contractus emphiteusis; etenim per emphiteuticam concessionem, vtile tantùm dominium transfertur, directo penès concedentem ipsum remanente; at per huiusmodi pactum vtrumq; dominium, transferri in casu affrancationis, non ambigitur, adeòvt nedùm contradicere videatur contractui emphiteusis, sed ille dicatur extinctus, & resolutus, ac transfusus in mærum contractum emptionis, & venditionis tamquàm ad illam ordinatus cū dominij translatione, cùm nullam aliam ob causam pactum ipsum affrancandi videatur in contractu appositum, nisi vt tàm vtile, quàm directū dominiū transferatur in emphiteutam, vt ex se ipso constat, & tradit optimè *Cephal. in consil.324. nu.55. lib.3. & cons. 703. nu.12. & 13. vol 5.* & ante eum *Crott. in consil.72. nu.41.* & latè *Gratian. d. cap.477. nu.10. & 11. Benedell. de iure prothomis. §. per emphiteusim, num. 9. & de Franchis decis. 267.* ideò dixit idem *Menoch. in d. consil. 1147. num.26.* quod pactum de af-

27 francando idem est, quod de vendendo, & allegat *Beroum consil.123. num.13. & 18. lib.1.*

Porrò dicebam etiam, quod licet hoc pactum affrancandi fuisset voluntarium respectu cessionarij cum fuerit solùm collatum in personam

28 emphiteutæ in cuius facultate est posse

posse affrancare: tamen respectu con-
cedentis est necessarium, quia etiam
inuitus cogi poterit ad omnem con-
cessionarij requisitionem, oblationē
affrancationis admittere: & proptē-
reà quoad ipsum concedentem dici-
tur perfecta venditio, quia amplius
in sua potestate non est velle, & nol-
le. Ideòq; sicut si concessionarius af-
francasset, nulli dubium esset, quin
perfecta censeretur venditio; ità etiā
respectu ipsius concedentis, qui dis-
sentire amplius non potest, censeri
debebat perfecta venditio, etiam an-
te affrācationem, ità in terminis om-
ninò videndus concludit *Decian. in*
consil. 48. nu. 9. & seq. vol. 1. præcipuè
stante oblatione pretij facta pro af-
francatione, quę secundū eum sufficit
ad hoc, vt ipso iure dicatur facta af-
francatio p ea quæ tradit *Bart. in l. si*
fideiussor. §. meminisse de leg. 3. quoniā
inquit *Decian.* licet concessionarius
perfectionē acquisitionis liberè con-
tulerit in suam voluntatem, conce-
dens nihilominùs quo ad se iàm alie-
nauit liberè, ex quo se per cogi pote-
rit vigore dicti pacti de affrancando;
& satis esse, ait, quod per talem pro-
missionem cogi possit, adhoc vt se-
quuta dici valeat alienatio per do-
ctrinam *Baldi in cap. in causis col. 1. de*
29 *election.* vbi dicit, quod satis dicitur
vendere quoad se, qui se obligat, vt
inuitus vendere cogatur.

30 Præterea ipsemet *Decianus nu. 12.*
& seq. addit subtilitèr, quod ad mi-
nùs ex hoc pacto constare videtur,
noluisse contrahentes directum do-
minium perfectè remanere penès ip-
sum concedentem, prout de substan-
tia, & natura emphiteusis est, cùm
31 non dicatur perfectè haberi, quod à
nobis auocari potest, *l. omnes, §. 1. de*
regul. iur. cum concord. & propterea
videntur contrahentes non habuisse
de eo considerationem, cum volue-
rint illud dominium ad nutū cōces-
sionarij resolui, vt latè per eū *nu. 14.*
Quamobrem de huiusmodi con-
tractu, licet sub nomine emphiteusis
semper iudicatur, ac si esset emptio-
nis, & venditionis, non enim attendi-
tur nomen, sed quod verè fit, vt tra-
dit latè *Afflict. in dec. 72. in fine,* & ibi
Vrsill. in additione: vbi ambo affirmat
pluries fuisse per S. C. decisum in
concessione huiusmodi emphiteusis
32 eum potestate tamen affrancandi es-
se locum iuri prothomiseos, non
obstante *Consuet. Neap. Si quis enim*
de iure congrui statuente, in contractu
emphiteutico cessare ius congrui:
quia illius dispositio non procedit
data facultate affrancandi in pecu-
nia ex prædictis, & ità etiam semel,
& iterum decisum fatetur *Dom. de*
Franchis in decis. 392. in fine, & de-
cis. 610. in princip. ea ratione, quia in
effectu, non videtur esse emphiteu-
sis, sed emptio, & venditio, & alios
tradit videndus idem *Grattian. d. cap.*
477. num. 12.

Ideò dicebām, quod cùm in casu
disputationis, non versabamur in ve-
ra emphiteusi, licet sub eius nomine
fuerit initus contractus, ex quo ade-
rat huiusmodi pactum affrancandi
in pecunia, per quod vtrumq; domi-
nium dicitur transire in concessio-
narium; & quoad concedentem per-
fecta erat venditio, vel saltem dire-
ctum dominium non erat perfectè
penès ipsum concedentem contra
substantiam, & naturam emphiteu-
sis, dum ad nutum poterat ab eo auo-
cari, & vniri cum vtili; sequebatur
quod nullum deberetur laudimium,
33 quem solùm in vera, & propria em-
phiteusi locum habere, non autem
in abusiua, & impropria, dixit *Bar-*
bat. in consil. 51. col. 2. sub nu. 7. versic.
& plus, col. 1. & Manent. de contract.
liuell. quæst. 1. pact. 9. num. 7. & tradit
etiam *Marta de clauf. claus. 148.* &
propterea dixit *Ant. Faber in suo Cod.*
de iure emphit. diffinit. 67. quod non
procedit in contractu pignoratitio,
& similibus, & ideò fuit etiam per
34 S. C. denegata prælatio domino di-
recto,

rectò,ex pacto huiusmodi affrancan-
di, etiam quod esset quæsitum ius
ipsi domino directo, ante oppositam
affrancationem, vt refert idem *Dom.
de Franchis d.decis.267.per totam*. Et
in terminis quod non debeatur lau-
35 dimium, quod pari passu procedit
cum prælatione, ex contractu em-
phiteutico, cum pacto affrancandi
in pecunia per similes rationes, tra-
dit *Catalan. de indultu cap.13.nu.26.
& seq.* vbi alios allegat, & eum re-
fert, & sequitur *Burgius de laudimio,
par.1.inspect.5.nu.25.in additione.*

Cæterum cessare dicebam omnē
scrupulum,quotiescumq; nouus em-
ptor,in quem vt dicit *Dom.de Franch.
in d.dec.267.sub n.2.*transeunt omnia
iura,& præsertim hoc pactū affrancā-
di, obtulerat cum deposito pretium
affrancationis, ex illa primæua con-
uentione, & pacto affrancandi ab
initio apposito; quia cōtractus,(quā-
36 uis concederemus interim sapere
emphiteusim; dùm re vera conuin-
citur esse emptio, & venditio) vigo-
re dictæ conuentionis, & pacti, ex-
tinguitur,& resoluitur, & in mæram
emptionem transfunditur, per quam
directum dominium cum vtile con-
solidatur,& in concessionarium tran-
sit: & ideò laudimium nullo modo
debetur, cùm deficiat directum do-
minium,in cuius recognitionem tra-
di etiam consueuit: hic enim est ef-
fectus huius pacti, vt contractum
emphiteusis ex tùnc ipso iure facta
oblatione reali,resoluat, ac si ab ini-
tio fuisset vera venditio, & transla-
tum vtrumq; dominiū,vt optimè re-
spondit idē *Decian.in d.consil.48.n.9.*

Et licet in contrarium allegare-
tur *decisio eiusdem Domini de Fran-
chis 610.* in qua videtur asserere,
37 quod interim affrancatione pendē-
te,licet dicatur emptio, & venditio
respectu concessionarij, & vicini, &
ideò concedatur ius congrui, non
tamen dici poterit emptio,& vēditio
respectu concedentis, sed dominium
directum penès illum remanere, &
ideò videatur illi competere ius præ-
lationis: Nihilominùs illam minimè
obstare dicebam,quoniam præterquā
quod, ad id probandum nihil alle-
gat, & obstant omnia superiùs alle-
gata, quibus minimè occurritur, ta-
men non poterat iudicari emptio,
& venditio respectu concessionarij,
& vicini, & non respectu domini
concedentis, quia nulla poterat as-
signari diuersitatis ratio, & cùm
38 sint correlatiui, non debebant ad
imparia iudicari, *l.fin. ff. de acceptil.
& l.Iulianus, §.si procurator, ff. de
action.empt. cum concord.* neq; diuer-
so iure censeri,*l.eum qui ædes, ff.de
vsucapion.*

Quinimò si respectu concessiona-
rij est venditio, vt idem *Dom.de Frā-
chis* ibidem indubitatè admittit, &
39 ideò esse concedendum ius con-
grui vicino decisum refert, multò
fortiùs debet dici venditio respectu
concedentis, quia ex ipso pacto af-
francandi,& promissione reuenden-
di ad libitum concessionarij, iàm
quoad se est perfecta venditio cum
cogi possit,vt ex *Deciano in d.consi.48.*
superiùs adduximus, ideòq; ratio
prædicta nō multū videbatur vrgere.

Decisio autem S. C. in illa causa
alia ratione processit, quam refert
idem *Dominus de Franchis in fine*,
scilicet,quia in illa concessione, ade-
rat pactum expressum, quod in ven-
ditione illius rei esset præferendus
dominus concedens: quod quidem
pactum in vera concessione emphi-
teusis non est solitum apponi,sed ve-
nit de iure: sed quia aderat pactum
affrancandi, per quod ex supradictis
videbatur excludi prælatio: ideò ad
tollendum dubium concedens sibi
prospicere voluit apponēdo expres-
sè conditionem prælationis: quæ
40 etiam in contractu mæré venditio-
nis, & emptionis apponi potest cū nō
repugnet, dùm in traditione rei suæ,
quilibet potest apponere pactū quod
vult,

vult, *l. in re mandata, C. mand. & l. in traditionibus, ff. de pactis*; & propterea etiam quod concessio prædicta in emphiteusim stante pacto affrancandi essentialiter iudicaretur emptio, & venditio quoad omnes, tamen quia expressè huiusmodi pactum prælationis in concedentis beneficiũ fuerat appositũ, decreuit S.C. debere cõcedentem præferri ex pacto, quod non contradicit, nec repugnat emptioni, & venditioni, vt apertè tradit idem *Dom. de Franchis in finalibus verbis*, ibi: *Quia posset operari, etiam quod esset emptio, quia venditor in venditione posset apponere pactum prælationis*, sunt verba eiusdem, quæ quidem ratio non poterat applicari ad casum disputationis in materia laudimij, quod nullo modo debetur deficiente directo dominio in persona concedentis propriè, & perfectè, prout deficere demonstrauimus stante dicto pacto affrancandi ex prædictis. Pactũ autem expressum, quod hoc non obstante debeatur laudimium in hoc instrumento non legebatur, prout in illo instrumento pactum prælationis, ideò cum esset diuersa ratio, diuersi-
41 modè etiam iudicari debebat, cum per pactum licere dicatur, quod sine pacto non conceditur, vt obseruat *Iacobutius de Franchis de feudis*, q. 5. *num.* 31.

Quicquid tamen esset, hoc ius prælationis quatenùs cõpetere potuisset pẽdente affrancatione domino directo (quod quidem absq; expresso pacto non admictebam) nihilominùs quotiescumq; cessionarius offert pretium pro affrancatione dicebam, omninò cessare, quia ex illa oblatione, quæ secundum *Decianum in d. consil.* 48. *num.* 9. satis erat, & præcipuè facto deposito, resoluitur contractus emphiteusis ex tùnc, & transfunditur in venditionem ex necessitate pacti antecedentis, itàvt etiam hipothecæ medio tempore contractæ dicantur resolutæ, vt in simili pacto tradit post alios idem *de Franchis in decis.* 64. *num.* 4. & propterea pro absoluto posuit idem *de Franchis videndus in d. decis.* 392. *ante num.* 8 quod
42 si dominus concedens petierit prælationem, & emptor vult affrancare ex pacto antecedenti, non datur prælatio, & idem ex professo determinat *in d. decis.* 267. *per totum*, vbi per S.C. ità decisum asserit, non obstante quod fuisset quæsitum ius domino directo, & factum depositum pro affrancatione post litem motam super prælatione, imò deducta lite vsq; ad sententiam; quia parùm intererat, non enim fuit quæsitum ius alicui tertio, sed tantùm ipsi concedenti, & propterea potuit ipse concedens per prædictum pactum affrancationis sibimet præiudicium inferre: & consequentèr nõ debebat haberi consideratio de iure quæsito, dùm ipsemet concedens sibi ipsi præiudicare voluit per huiusmodi pactum affrancationis.

Ex quibus omnibus nullum deberi laudimium dicebam stante pacto affrancandi, & oblatione pretij cum deposito.

Hæc causa non fuit decisa, nec in iudicium deducta, sed pars visis his omnibus acquicuit, & depositum pretij recepit, & affrancationẽ fecit.

SVMMARIVM.

1 *Hæres vsufructuarius, nullo alio hærede in proprietate in vita relicto habetur vti hæres vniuersalis secundum opinionem* Baldi.

.. *Et post mortem censetur per fideicommissum rogatus hæreditatem restituere secundo instituto.*

.. *Secus si alius fuerit hæres vniuersalis in vita institutus; tùnc enim hæres in vsufructa, habetur loco legatarij rei certæ.*

2 *Testator non potest decedere per parte testatus, & proparte intestatus.*

3 *Pagano non conceditur post aditam hære-*

hæreditatem directo substituere.

4 Baldi *opinionem, quod vsufructuarius habeatur, vt hæres vniuersalis, si nullus alius in vita fuerit hæres institutus, sequuntur nonnulli.*

..*Etiam si vsufructuarius fuerit institutus ad tempus: & etiam cum taxatiua* tantùm.

5 *Temporis limitatio non impedit, quo minus tota hæreditas iure accrescēdi pertineat ad vsufructuarium.*

..*Etiam si adesset taxatiua respectu rei.*

6 *Testator non potest in institutionibus ius accrescendi prohibere.*

7 *Ius accrescendi non procedit quando vsusfructus fuit relictus titulo legati.*

..*Nisi etiam dictum fuisset titulo institutionis.*

8 *Hæres in vsufructu non potest dici hæres vniuersalis, dato alio cohærede vniuersali, quàmuis sub conditione secundū opinionem* Angeli, & Imolæ.

..*Quos sequuntur innumeri.*

9 *Ius accrescendi non habet locum, nisi pars deficiat.*

10 *Pars deficere non dicitur, quotiescumquè ad illam vocatus, licet sub conditione sperat esse admittendum.*

11 *Ius accrescendi cessat, etiam si vnus fuerit purè institutus in quota hæreditatis: & alius in alia sub conditione.*

..*Ergò facilius cessare debet, quando vnus est institutus in re certa, & alius in tota hæreditate.*

12 *Facilius quota accrescit quotæ, quàm hæreditas rei certæ.*

13 *In habentibus simbolum facilius est transitus.*

14 Textus in l.1.§.si ex fundo, ff. de hęred. instit. *declaratur.*

15 *Hæres particularis non habet ius accrescendi cum vniuersalibus.*

16 *Hæres in vsufructu, habens alium cohæredem, quàmuis sub conditione, quàm diù spes est posse eum adire, tàm diù cessare debet hæreditatis accretio in beneficium vsufructuarij.*

17 *Hæres in vsufructu potest statim adire, nō expectata hæredis vniuersalis aditione, & vsumfructum agnoscere, secundum* Angeli, & Imolæ *opinionem.*

..*Sed non fit hæres vniuersalis, nisi postquàm deficiat hæres post eius mortem institutus, sed hæc opinio in duas etiam diuiditur partes.*

18 *Hæres vniuersalis institutus post mortem, non potest statim hæreditatem adire, sed debet expectare mortē vsufructuarij secundum aliquos.*

..*Alij verò, & præcipuè* Viglius, & Couarr. *tenent, quod possit adire statim, non expectata morte vsufructuarij.*

18 Baldi *opinio contradicit voluntati testatoris in multis.*

20 *Institutus in vsufructu, dū per fideicommissum censetur rogatus hæreditatem restituere, secundum opinionē* Baldi *potest detrahere trebelleonicā.*

21 *Opinio* Imolæ, *etiam reprobatur tamquàm parū voluntati testatoris consentanea.*

22 *Verba testatoris instituendo hæredem post mortem vxoris, non id innuere videntur, vt scilicet voluerit ius adeundi ad illud tempus differre.*

..*Sed tantùm, vt ostenderet, voluisse vxorem vsufructuariam liberare à molestia forsitàn inferenda per hæredem in vsufructu percipiendo.*

..*Quod procedit tàm si titulo legati, quàm institutionis fuerit vsusfructus relictus.*

23 *Iuris, siuè tituli diuersitas, non inducit, nec denotat voluntatis diuersitatem.*

24 *Hæres post mortem institutus, si viuente adhùc vsufructuario præmoriatur, vsufructuarius efficitur hæres in totum, & transmissionem ad hæredem hæredis impediet, secundum opinionem* Baldi, & Imolæ.

..*At secundum opinionem* Viglij, & Sequacium, *dùm hæres à principio adire poterit, non expectata morte vsufru-*

vsufructuarij benè poterit hæreditatem aditam transmittere.

..Sed si potens adire, non adiuerit, & præmortuus fuerit, ad hæredes non transmittet, sed vsufructuario accrescet.

25 *Hæres vsufructuarius, si in vita dicitur hæres vniuersalis, secundum opinionem* Baldi, *post eius mortem hæres proprietarius, non potest esse hæres directo, sed per fideicommissum.*

..Et idcò poterit ille trebelleanicam detrahere, nisi expressè reperiatur prohibita.

..Sed contrarium dicendum admissa opinione Imolæ, & Viglij.

26 *Dominium ante conditionis euentum, non poterit interim consistere penès hæredes sub conditione, vel in diem institutos, cùm adhùc dies non venerit, nec poterit stare in suspenso.*

27 *Hæreditas non adita non transmittitur, nisi simus in filio, qui ex potentia suitatis illam etiam non aditam transmittit ad hæredes, quàmuis extraneos.*

28 Doctrina dānatæ memoriæ Authoris in addit. a l Alex. in consil. 162. vol. 2. *declaratur.*

29 *Hæreditas* filiofam. *acquiritur etiam inuito, cum facultate tamen abstinēdi.*

30 *Fratres dicuntur extranei ad finem hæreditatem transmittendi.*

ARGVMENTVM.

Vxorem hæredem vsufructuariam institutam nullo alio hærede relicto in vita, sed tantùm post vxoris mortem, censeri hæredē vniuersalem, & rogatam post mortem hæredi relicto, hæreditatē restituere, non quidē directo, sed per fideicōmissum, secundum opinionem ***Baldi***: Secùs tamen secundum sententiam ***Imolæ, & Viglij***, nàm poterit hæres post mortem institutus statim non expectata morte vsufructuariæ, hæreditatem adire, & ad eius hæredes transmittere, si cum effectu adiuerit: nàm aliàs illo prædefuncto impeditur transmissio, & tota hæreditas iure accrescendi ad vsufructuariam pertinebit.

I. M. I.

DISPVTATIO LXXXXIX.

1 HÆredem vsufructuariū, nullo alio hærede in proprietate in vita vsufructuarij, sed tantùm post eius mortem, directè institutio, dici interim, & esse hæredem vniuersalē etiam in proprietate, post autem eius obitum censeri per fideicommissum rogatum hæreditatem secundo instituto restituere, dixit *Bald. in l. id quod pauperibus in 14. quæst. sub num. 27. C. de Episc. & Cleric.* licet in fine fateatur, quæstionem huiusmodi quamuis quotidianam esse dubijssimam: ea inter cæteras efficaci ratione motus, quia licet fuerit solùm in vsufructu institutus, cum nullum alium habuerit in vita cohæredem, nec possit haberi spes illum habendi in vita, dùm ille alius fuit institutus post mortem, *ad textum in l. quibus diebus, §. quidā Titio, & l. hæres meus in princ. ff. de condit. & dem.* perindè habendus est, ac si vniuersaliter fuisset hæres scriptus tàm in vsufructu, quàm in proprietate

prietate, secundum *Vlpiani* sententiã *in l.1.§.si ex fundo; ff.de hæred.instit.* vbi *Si ex fundo*, inquit: *fuisset aliquis solus hæres institutus, valet institutio, detracta fundi mẽtione*, & idem *Vlpianus* idipsum comprobat *in l.quoties 9.§.si duo, & in l.ex facto 35.ff.eodẽ tit.* quàmuis secùs iudicandum sit alio dato hærede vniuersali in vita, tùnc enim ille in vsufructu, & sic in re certa institutus, loco legatarij habetur, vt determinat *Iustinianus in l. quoties 13.C.eodem tit.* & notat *Glos.in d.l.1. §.si ex fundo, in verb.solus*, nullo autẽ alio hęrede in vita instituto habetur, ac si vniuersalitèr etiam in proprietate fuisset hæres nominatus, nè sequatur absurdum, quod testator scilicet decedere videatur pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod
2 fieri nequit, vt obseruat *Glos.magistra in d.l.quoties in verb scriptorum in fine C.eod.tit.* censebitur tamen post eius mortem per fideicommissum rogatus secundo hæredi restituere, cùm post hæreditatem aditam, non con-
3 cedatur pagano directò substituere, secundum terminos *l.Sceuola 76.ff.ad Trebell.* cum alijs adductis per *Peregr. d.artic.5. n 21. & Martium de Medic. dec.5.nu 2.* & ideò obliquabitur per fideicommissum, *l.verbis ciuilibus, & l.centurio, ff. de vulgar. & §.extraneo institut.eod.tit.* vbi omnes.

Hanc autem *Baldi* opinionem tãquã communem sequuti fuere, *Castr.*
4 *in d.l.1.§.si ex fundo, num.2. ff. de hæred.instit. Alex.in consil.111.* quod est repetitum *in cons.25. vol.4.* & latiùs *in cons.62. per tot.vol.2. Ias.in l. extraneũ 9.n.6. vers.3. principalitèr limita, C.de hæred.instit. Dec.in cons 278.n.2.* licet ibi aliud consultauerit ex diuersitate facti, *Guilelm. in cap.Rainutius in verbo reliquit, num.9. vers.3. maximè de testam.* communem etiam dixit *Ruin. in cons.36. in primo dubio lib.2. Menoch.* in pluribus consilijs, & præcipuè *cons.1112.n.1.* vbi ait hanc esse magis receptam, & veram Doctorum opinionem, & idem *lib.4.præsumpt.141. num.26. vers. secundum Honded.cons.62.nu.2.12. & 13. vol.2* vbi testatur hanc esse magis communitèr receptam sententiam *Surd.cons. 439.num.1.& 18.Peregr.* omminò videndus *de fideic.artic.5.num.21.circa medium* optimè *Crot.in cons.79.in prima quæstione num.9.cum seq.* & idem *in l.re coniuncti num.176.ff.de legat.3.* vbi contrarijs respondet, sequitur alios referens *Sim. de Pratis de interpret. vltim.vol.lib.3.dub.1. fol.1.nu.8. cum seqq. & num.14. & 15. Laderch. cons.3.nu.1.Christoph. Mart.d. decis.5. nu.2.* quibus addo, *Pacian.in cons.23. num.138. & Regent.Rouit.in cons.46. num.18. & consil.47. lib.1.* cæterosq; quos ad hoc allegat *Præs.Bellon.* post hæc scripta visus *in tract. de iure accrescend cap.7.quæst.16.num.292.cum seqq.*

Qui omnes adeò veram dixerunt, vt illam procedere affirment, etiam si vsufructuarius fuisset hæres institutus ad tempus, puta vita durante, imò etiam cum taxatiua tantùm, quia illa temporis limitatio non im-
5 pedit, quo minùs hæreditas tota illi iure accrescendi pertineat, licet deindè censeatur grauatus secũdo hæredi hæreditatem restituere, vt voluerunt *Cephal.in cons.472.n.57.vers. 9.& 58. Menoch.in cons.105. num.6. & cons.637.num.2.Ruin.in cons 36.n. 5.vol.2.& Peregrin.in cons.44.num.1. vol.5.* quinimò etiam si adesset taxatiua respectu rei, puta si dictũ fuerit instituo vxorem in vsufructu tantùm; vt dixit idem *Cephal. in d.cons.472.n.*
6 *53.& 56.& in cons. 67.num.30.* quia testator non potest in institutionibus ius accrescendi prohibere, vt voluit idem *Cephal. vbi sup.* & comprobat *Bellon d.cap.7. quæst.16 num.312. & in cap.10.quæst.19.num.30.*

At illam minimè procedere dixerunt omnes, quando vsufructus non

iure institutionis, sed legati relictus
7 fuisset, tùnc enim quia legatario hæreditas non accrescit, etiam si nullus esset vniuersalis hæres institutus, nō poterit vsufructuarius titulo legati hæreditatem vniuersam prætendere, vt in terminis deducunt *Cephal. in cons. 436. num. 82. vers. nec vltimum, Menoch. d. præsumpt. 141. num. 23. & in cons. 637. nu. 5. Laderch. d. cons. 3. n. 1. Facchin. lib. 4. controuers. cap. 18. vers. nec improbabitur,* & laté fundat idem *Præs. Bellon. d. cap. 7. quæst. 11. num. 1. cum seq.* nisi quoq; fuisset in legato adiectum, etiam iure institutionis, & omni alio modo meliori, quia tùnc licet titulo legati, vsusfructus fuerit relictus, dùm etiam institutionis mētio facta fuit, succedit, vt illi tota hæreditas accrescere valeat non tamquàm legatario, sed tamquàm in vsufructu instituto, vt videtur in specie voluisse *Decian. in cons. 129. n. 66. vol. 3. Menoch. d. præsumpt. 141. nu. 30. & d. cons. 637. nu 2. & Cardin. Mantic. lib. 4 de coniect. vlt. vol. tit. 5. art. 17. num. 1. & 4.*

Contra hanc nihilominùs *Baldi*, & sequacium opinionem, tenuit *Angelus in l. hæreditas ex die 84. vers. qui-*
8 *nimò, ff. de hæred. instit. & in l. miles ità 42. ff. de milit. testam. per totum,* quem principalitèr sequitur *Imola in l. filius à patre 29. num. 4. vers. sed aduerte, ff. de lib. & posthum. & in d. l. hæreditas ex die num. 9. vers. sed tamen,* idē *Ruin.* ibi contrarius *in cons. 54. nu. 4. & seq. & cons. 206. num. 21. vers. quibus non obstantibus, lib. 2.* & constantèr defendit *damnatę m morię auth. in addit. ad Alex. in d. cons. 162 lib. 2. Castr. in cons. 459. col. 2. lib. 2.* & doctissimus *Couarr.* qui eisdē verbis *dānatę memoriæ authoris* vtitur *lib. 2. var. c. 2. Paul. de Montepic. in l. Titia 36. §. fin. n. 102. vers. quid tenendum, ff. de leg. 2. Viglius in § hæres, n 6 vers. primū instit. de hæred. instit.* latissimè *Card. Paris. cons. 47. num. 1. & seqq. lib. 2. Petr. PeKius de testament. lib. 5. c. 5. per tot. in tract. tom. 8. par. 1. Gail. obseruat. 143. lib. 2. num. 4. vers. sed Molinæus, & nu. 6. vers. sed cum vtroq;* & ibi laté *Graue in addit.* & magis communem dicit *Berous in cons. 58. nu. 6. lib. 2. Sforz. Odd. in cons. 91. nu. 24.* & sequendam dicit *Gratian. cap. 821. num. 2. & 3. Facchin. lib. 4. controuers. cap. 16. vers. ego priorem, Rota apud Farinacc. in recoll. decis. 162. num. 2. part. 2. Bellon. d. cap. 7. de iure accresc. quæst. 16. à num. 315.* qui plures allegat, & tamquā magis voluntati testatoris consentaneam appositissimè sequendam dicit *Castill. de Sotomaior in tract. de vsufr. cap. 8. num. 43.* vbi cæteros adducit.

Etenim dicunt prædicti, accretionem hæreditatis cessare quotiescūq; institutus in vsufructu, & sic in re certa, alium habet cohæredem vniuersalem; etiam si fuerit sub conditione, vt habetur per *Iureconsultum in l. 2.* cum ibi notatis, *ff. si pars hæred. petat,* & laté de hoc agit *Præses Bellon. de iure accresc. cap. 7. quæst. 37.* ergò dùm vsufructuarius, qui dicitur hæres in re certa, habuit cohæredem vniuersalem, quàmuis post mortem, & sic sub conditione si tùnc temporis superuixerit, quia dicitur collata institutio in diem omninò incertum, non quia incertum sit quando sit ille moriturus, sed quia incertum sit, nùm viuo ipso vsufructuario moriturus sit, *l. 1. §. dies ff. de condit. & demonstr.* & ideò huiusmodi institutio valet, quia censetur sub conditione, vt scribit *Glos. in l. extraneum in verb. cum quis morietur, vers. alij dicunt, C. de hæred. instit.* vbi *Bald. num. 3. vers. tertia lectura est, Castr. in l. filius à patre, nu. 3. ff. de liber. & posth. Anton. Gom. tom. 1. var. cap. 2. num. 11. vers. idem est, Crass. in §. institutio, quæst. 24. num. 4. Cardin. Mantic. lib. 4 artic. 7. num. 9. cum seqq. & Menoch. d. præsumpt. 141. lib 4 nu. 8.* non poterit prætendere totam hæreditatem iure accrescendi, quia dùm

adest

adest hæres in reliquo, cessat accre-
9 tio,quæ totum non habet, nisi pars deficiat; vt considerat idem *Ruin.d. cons.*54. *num 9. & cons.*206. *num.*22. *vol.*2. & pars non dicitur deficere quotiescumq; vocatus ad illam partem, licet sub conditione, sperat esse
10 admictēdum, vt dicunt idem *Ruinus d.cons.*54.& cæteri per *Bellon. d.cap.*7. *quæst.*37.

Quinimò faciliùs cessare videtur hoc casu ius accrescendi,dùm etiam
11 si vnus fuerit purè institutus in parte; & sic in quota hæreditatis, & alius in alia parte, seù quota sub conditione cessare, determinat *Iurecons. in d. l.* 2. *ff. si pars hæred.petat.* & dixit latè idem *Bellon. d.quæst.* 37. ergò faciliùs debet cessare in instituto non in quota, sed in re certa, &
12 alius in tota hæreditate quāuis sub conditione: faciliùs enim quota accrescit quotæ, quam hæreditas rei certæ,vt docet *Alex.in d.l quoties* 13. *C.de hæred. instit. & Cephal.in consil.* 436.*num.*16.*& cons.*716.*nu.*14. quia in habentibus simbolum faciliùs est
13 trāsitus,*l.in rem*,§.*item*,*ff.de rei vend.* vt in terminis considerat *Castr.in d.l. quoties*,*num.*2.*& Ruin.d.cons.*54. *nu.* 8.*vol.*2.nec multum facessit determinatio *Vlpiani in d.l.* 1.§.*si ex fundo*, *ff.*
14 *de hæred.instit.*vbi etiam instituto ex fundo, accrescere statuit hæreditatē, detracta fundi mentione, quia illud procedit quotiescumq; nullus alius datus est hæres,vt ex verbis eiusdem *Vlpiani* colligitur; inquit enim: *Si ex fundo fuisset aliquis solus hæres institutus,valet institutio detracta fundi mētione.*Sed aliud dicendum, quando alius datus est cohæres, siuè vniuersalis,siuè in quota, tùnc enim institutus in fundo habetur loco legatarij, *ex d.l.quoties* 13.*vbi Bart.Bald.Alex. Castr.& cæteri*,*C.de hæred.instituend.* ex quo orta est regula hæredem particularem non habere ius accrescendi cum vniuersalibus, vt dicit *Bart.*

in l.Lucius 45.*nu.*18.*ff.de vulg.& post Alex.in consil.*66. *num.*1.*vol.*2. tradit latè *Rum.in cons.*152.*num.*10. *vol.*3. *Facch.d.lib.*4.*c.*16.*vers.ego priorem*, *& Rot.apud Farin.d.decis.*162. *n.*6.*par.*2.

Ideò ex his concludunt, quod dū hæres in vsufructu, habet alium cohæredem, quàmuis sub conditione, quamdiù spes est posse eum adire,
16 tamdiù cessare debet hæreditatis accretio in beneficium hæredis vsufructuarij, vt arguit post *Pichum in d.l.Titia*,§.*fin.num.*102.*Cardin.Mantic.d.li.*4.*tit.*5.*artic.*2. *num.*9. *& art.*7. *num.*2. quia ius accrescendi non alitér locum obtinet, quàm si pars deficiat, vt docet *Gloss. magistra in l.liber homo* 59. §.*si ità scriptura in verb. impedimenti*; *ff. de hæred. instituend.. Bald.in consil.*61.*num.*4. *versic.in contrarium vol.*1. & post *Bald.in l.vnica*, §*fin autem*, *num.*7. *C.de caduc.toll.& Ias.in l.vnica num.* 39. *C. quando non pet.par.* dixit *Surd.in consil.*458.*nu.*20. *& consil.*529.*num.*22.& deficere non videtur,quoties quis ad eam partem institutus, sperat admicti,vt considerat idem *Ruin.in d.consil.*54.*nu.*12.

Idcircò prætermissis alijs argumētis contra huiusmodi opinionem *Baldi* consideratis per eundem *Ruin. in d. consil.*54.concludunt,institutum
17 in vsufructu posse quidem statim hæreditatē adire, vti hæredē institutum non expectata hæredis vniuersalis aditione,& vsumfructum agnoscere, & per se propria authoritate illud percipere,adeòvt non possit ampliùs de validitate testamenti controuerti, cùm per simplicem illius agnitionem censeatur confirmatum, vt post alios dixit *Mantic.d.lib.*4. *tit.*5. *art.*2. *num.*7. *& Menoch. d. præsumpt.*141. *num.*13.*&* 26. *cum seqq.* sed non fieri hæredem vniuersalem,nisi postquàm deficiat hæres post eius mortem institutus, vtpotè ad quem tota hæreditas pertinere debet.

At hæc secunda opinio, inter ipsiusmet

siusmet sectatores in partes diuiditur; etenim *Imola in d. l. filius à patre 28.num.6. & in d.l. hæreditas ex die, num. 9.* quem sequuntur alij adducti per *Cardin.Mantic.d.lib.4.tit.5.art.2. & artic.7.num.1.& 15. & Facchin.d. cap.16.* tenent, quod hæres vniuersa-
18 lis institutus post mortem non possit statim hæreditatem adire; nàm cũ fuerit hæres institutus ex die incerto, & sic sub conditione si eo tempore superstes erit, vt superiùs diximus, non poterit statim adire, sed expectare mortem vsufructuarij, vt dicit *Gloss. in d. l. extraneum in verb. cum quis morietur, versf. alij dicunt*, & post alios antiquiores *Peregrin. d. artic. 5. num.20, Durand. de arte testand. tit.6. cauth.39.num.1. Crassu d. §. institutio, quæst.24.num.4. & Menoch.d.præsump.141.nu.8.*

Alij vero, & præcipuè *Vigl. in d. §. hæres, num. 6. versic. primum, instit. de hæred.institut. & damnatæ memoriæ, author.in add.ad Alexand.in d.consil.162.in fine, vol.2.* quem sequitur *Couarr. d.lib.2. var. cap.2. num.5.* tenent, quod possit hæres licet post vsufructuarij mortem institutus, statim non expectata illius morte, hæreditatem adire, & adeundo totam consequi hæreditatis proprietatem; sequuntur hanc opinionem tamquã magis voluntati testatoris consentaneam, *Sforz.Odd.in d.consil.91.nu.20. versic. nec repugnat, & Andr.Gaill.d. lib.2. obseruat. 143. num.5. versic sed Molinæus, & n.6.versic.sed cum vtroq;* Et quidem vt dicunt præcitati Doctores prima, *Baldi* opinio parùm vo-
19 luntati testatoris consentanea apparet, imò illius intentioni apertè repugnans; Etenim voluit testator vxorem, siuè alium in vsufructu institutum esse vsufructuarium, non autem proprietarium, præcipuè quando adest taxatiua tantùm, & nihilominùs *Baldi* opinio facit illum proprietarium, vt considerat *Imol.in d.l.filius à patre, nu.4. Pic.& Ruin.vbi sup.* Secundò testator, voluit institutum post vsufructuarij mortem fieri hæredem directo; & tamen *Bald.* vult illum esse fideicommissarium; & per consequens institutum in vsufructu pos-
20 se detrahere Trebelleanicam, vt cõsiderant *Imol.* & cæteri per *Mantic. d.lib.4.tit.5.artic.7.num.7.* Deniq; secundum istam *Baldi*, & sequacium opinionem, si hæres institutus post mortem, adhùc vsufructuario viuente præmoriatur, succedet ille nedùm in vsufructu, qui morte finitur, sed in tota hæreditate perpetuò, adeòvt vsufructuarij hæredes præferantur, quibuscumq; hæredibus, etiam quod essent filij: quod quidem testatoris voluntati, & intentioni repugnat; nã ille voluit illum esse vsufructuarium, donec vixerit, præcipuè quando adsunt verba, vita durante, & similia, item non est verisimile voluisse illũ, extraneos proprijs descendentibus præferri cõtra rationẽ, *l.cũ acutissimi, C.de fideicom.* & proptereà illam tamquàm menti, & voluntati testatoris repugnantem reprobant *Imol.* cæteriq; superiùs relati. Sed in hoc vltimo
21 eadem reprehẽsione notatur eiusdẽ *Imolæ* sententia: dùm etiam ille admittere videtur, quod si superstite adhùc vxore vsufructuaria, moriatur hæres post illius mortem institutus, vel post illius mortem hæreditatem repudiauerit, vel ante hæreditatis aditionem obierit, censebitur tùnc tota hæreditas iàm vsq; ab initio vxori accreuisse, cùm eo casu certum fit, neminem ex illo testamento futurũ esse hæredem: quod etiam testatoris voluntati contrarium videtur: quo-
22 niam illa verba apposità per testatorem instituendo hæredem post mortem vxoris, non illud indicare vidẽtur, quod voluerit scilicet testator ius adeundæ hæreditatis, & proprietatis acquirendæ in illud tempus mortis differre: sed tantùm vt ostenderet,

ret, voluisse vxorem vsufructuariam liberare à molestia, quam potuisset hæres ei in vsufructu percipiendo inferre; vt declarat idem *Bald. in d.l. filius à patre, versic. ego dico*, vbi etiam *Angel. nu. 2. versic. sed tu dicas*, & idem *Bal. in d.l. hæreditas ex die, versic. quæro hic, Castr. in d. consil. 459. nu. 1. vers. breuitèr, vol. 2. Rot. d. decis. 162.* apud *Farinac. Nouar. par. 1. quæst. forens. 168. num. 5. versic. patet responsio*, & latè *Præses Bellon. de iure accresc. d. cap. 7. quæst. 16. nu. 237.* & licet isti videantur loqui quando vxor non titulo institutionis, sed legati vsufructum habuerit, idem esset nihilominùs dicendum, etiam quando titulo institutionis fuerit vsusfructus relictus, nàm eadem coniectura testatoris voluntatis militat in vno, quàm in alio, vt considerat *Gail. d. obseru. 143. nu. 5. versic. sed Molineus, & num. 6. versic. sed cum vtroq; & Rota apud Farinac. d. decis. 162. nu. 2. par. 2.* nàm iuris, siuè
23 tituli diuersitas, non inducit, nec denotat voluntatis diuersitatem, vt notat *Papin. in l. cum qui tacitum 18. §. fin. in fine, ff. de his quibus vt indignis*, & benè considerat idem *Præs. Bellon. in eius doctissimo tractatu de iure accresc. d. c. 7. quæst. 16. nu. 347. cum seqq.* vbi latè omnibus cōtrarijs satisfacit.

Ex his igitur videtur, quam dubia adhuc remaneat huiusmodi disputatio, quàmuis quotidiana sit, & in foro maximè practicabilis.

Ex varietate autē opinionum, effectus, qui resultant, sunt mulriplices, quoniam si vera est *Baldi* opinio,
24 sequitur quod si præmoriatur institutus post mortem, viuente adhùc vsufructuario, ille efficietur hæres in totum, & transmissionem ad hæredes hæredis impediet: sed si opinio *Imolæ* verior iudicetur, idem esset determinandum, nàm si non poterit hæres sub conditione adire à principio, nisi expectata morte vsufructuarij, neq; illam transmictere valebit: At admissa pro verissima vltima opinione *Viglij*, & sequacium alitèr erit censendum, nàm dùm ipse à principio hæreditatem adire poterit, etiam quod viuo vsufructuario decesserit, illam iàm aditam transmictere valebit, vt ex prædictis concludunt.

Benè verùm est, & in hoc omnes concordant, quod si hæres hic institutus post mortem vsufructuariæ, qui secundum hanc vltimam opinionem poterat à principio, etiam vsufructuaria viuente hæreditatem adire, illam non adiuerit, nec fecerit aliquem actum, ex quo hæreditatis aditio aliquo modo induci possit; & præmoriatur, vsufructuaria viuente, tùnc ad suos hæredes transmictere illam non valebit, sed accrescet vsufructuariæ, ac si à principio fuisset hæres in totum, vt post supradictos concludit idem *Præses Bellon. d. quæst. 16. num. 343. cum seqq.*

Secundus effectus, ille videtur etiā præcipuus; quoniam si attendatur prima opinio cum vsufructuarius à
25 principio dicatur hæres in totum, non poterit post eius mortem, hæres proprietarius esse directo hæres, sed per fideicommissum, & ideò hæres vsufructuarij poterit detrahere Trebelleanicam; nisi expresè reperiatur prohibita; quod quidem cessat admissa alia opinione; quia cum possit esse hæres directo, dùm à principio adire potest, nō est cur Trebelleanicam detrahere valeat, vt post alios refert, & considerat *Mantic. d. lib. 4. tit. 5. artic. 7. num. 7. & seq. & Bellon. d. quæst. 16. num. 341. cum seqq.*

Hæc omnia fuerunt latè disputata in causa Blanchæ Cattaneæ, quæ fuerat instituta hæres vsufructuaria omnium bonorum per quond. Iacobum Cattaneum Iunciem fratrem, sua tamen vita durante, ac donec viueret: post autem illius mortem legebantur instituti hæredes vniuersales in proprietate Nicolaus Vicecomes,

Paulus Baptista,& Iacobus Caetanei eiusdem disponentes consanguinei pro rata. Prædefunctis deindè præfatis proprietarijs hæredibus, superstite adhùc Blanca vsufructuaria; quærebatur nùm proprietas ità dici potuisset cum ipso vsufructu consolidata, vt de illa potuerit Blanca tamquã de re propria disponere, & post eius mortem ad hæredem transmittere, nùm verò in illa succedere deberent prædictorum Nicolai,Pauli Baptistę, & Iacobi proprietariorum hæredes?

Prætendebant igitur proprietariorum hæredes ad ipsos spectare testatoris hæreditatem, & bona ex opinione *Angeli,Imolæ,& Viglij, eorumq; sequacium*, quàm magis communem, & sequendam ex prædictis asserebant:quoniam cum Blanca hęres vsufructuaria haberetur loco legatariæ certæ rei,& hæredes in proprietate, quàmuis post mortem Blãchæ instituti, à principio dicerentur hæredes,& statim potuissent hæreditatem adire, & illius dominium acquirere,benè poterant illam,post extinctum vsumfructum ad eorum hæredes transmictere, licet ante mortem vsufructuariæ suum diem obijssent, cum mortis tempus non fuerit positum ad infringendam institutionem ab initio, adeòvt hæredes dici nequirent, nec hæreditatem adire, sed solùm nè hæres vsufructuaria interim vita eius durante in ipso vsufructu inquietari potuisset ab hæredibus proprietarijs, qui nihilominùs pleno iure interim hæredes fierent, & consequenrèr transmictenda, vt post *damnatæ memoriæ authorem*, latè tuetur doctissimus *Couarr. d. lib. 2. var. cap. 2. num. 6.* vbi adhoc allegat *Paul.de Montepico*, & sequitur *PeKius de testam.lib.5.cap.5.*

Attamen nos,qui hæredum Blanchę iura tuebamur,contrarium apertè secundum ea,quæ proponebantur dicebamus.

Etenim circumscripta, quæ fuerit verior, & magis communis opinio, cùm ex supradictis auceps adhùc videatur disputatio: quinimò secundum antiquos, *Baldi* opinio magis communis,& sequenda dici poterat, vt tradit *Præses Bellon. vbi sup.* post *Alexand.in d.consil.162.vol.2.* vbi *sub num.8.* fatetur, hæredem proprietarium,ante mortem vsufructuarij præmortuum,nihil ad eius hęredes trãsmictere potuisse,sed integram hæreditatem ad hæredem vsufructuarium spectare, cum facultate ad libitum disponendi: Dicebamus ad effectum de quo disputabatur, nullum adesse discrimen inter vnam, & aliam opinionem; nàm siuè vxor interim dici potuisset hæres vniuersalis pleno iure, & post mortem per fideicommissum rogata hæreditatem restituere secundum opinionem *Baldi*: siuè in solo vsufructu dici potuisset hæres instituta,& post mortem iure directo secundus hæres integralitèr hæreditatem acquirere diceretur, secũdum opinionem *Angeli, & Imolæ*, licet à principio adire non posset,vel secundum *Viglij*,& sequacium sententiam à principio hæres proprietarius non expectata morte vsufructuarij adire hæreditatem valeret, semper tamen prædefuncto hærede proprietario, viuente adhùc vxore vsufructuaria: ante tamen(secundum vltimam opinionem) hæreditatem aditam, nihil ad hæredes transmitti posse,sed integralitèr ad hæredem vsufructuariam iure accrescẽdi pertinere, necessariò asserebamus. Etenim secundum primam *Baldi* opinionem, dùm hęredes proprietarij fuerint instituti in proprietate post mortem Blanchæ vsu-
26 fructuarię,dominium ante euentum conditionis, & casum mortis, non poterat interim consistere penès illos,cum adhùc non venerit dies, nec poterat stare in suspenso, *l.si ex duobus, §.1.ff.de in diem adiect.* ergò, ne-

cessariò

cessariò residere debebat penès ipsã Blancam iure accrescendi, nè testator decedere diceretur pro parte testatus, & propterea decedentibus illis institutis, ante obitum Blancę, dominium, quo carebant transmictere nõ potuisse necessario dicendũ erat, vt latè comprobat *Peregrin. de fideicom. artic. 40. nu. 6. artic. 5. n. 21. & 22.* vbi hanc sequendam affirmat, & cõtrarijs omnibus per *Couarr.* adductis doctissimè respondens.

Secundum verò *Angeli*, *& Imolæ* opinionem, hoc etiam erat concludendum: Nàm dùm à principio adire hæredi proprietario non erat permissum, sed erat omninò expectanda mors ipsa hæredis vsufructuarij; nullo modo euitari poterat, quin prædefuncto proprietario ante mortem vsufructuarij, nihil ad eius hæredes transmicti potuerit, sed omnia accrescere hæredi vsufructuario iure accrescendi, ex superiùs adductis per *Bellonum*, & alios.

Et licet secundum vltimam *Viglij*, *& Couarr.* sententiam videretur, hoc minimè admictendum, cùm aditionẽ fieri posse affirment per hæredem proprietarium à principio non expectata morte vsufructuarij, nihilominùs eiusdem opinionis authores id pro indubitato admiserunt, vt si hæres proprietarius, qui poterat à principio, & non expectata morte vsufructuarij hæreditatem adire; decederet superstite adhùc vsufructuario; non tamen adita hæreditate, nil ad eius hæredes transmictere potuisse, sed censeatur hæreditas vsufructuario iàm vsq; ab initio accreuisse, vt latè per *Mart. Medic. decis. 5. nu. 6. & Bellon. d. cap. 16. num. 204. & 343.*

Ideò dicebamus, quod cũ prędicti hæredes proprietarij, numquàm viuente ipsa Blanca hærede vsufructuaria, hæreditatẽ adierint, nec aliquem actum fecerint, per quem hæreditatis aditio induci potuerit, & illa superstite diem suum obierint, nihil ad eorũ hęredes transmictere potuerunt, sed tota hęreditas ex vi iuris accrescendi, eidem Blanchę quæsita fuit cum potestate ad libitum disponendi, hæreditas enim non adi-
27 ta, non transmictitur, *l. vnica, §. in nouissimo, C. de caduc. toll. qui autem sororem, C. de iure delib. cum alijs concordantibus*, nisi essemus in filio, qui ratione, & potẽtia suitatis, trãsmictit illam etiã non aditam ad hęredes, quãuis extraneos, *l. apud hostes, ff. de suis, & legitim. l. 3. C. de iure delib.* & ità
28 intelligitur illud, quod dixit *author. damnatæ memoriæ in addit. ad Alex. in d. consil. 162. versic. ego idem dico*, vbi dùm asserit, quod hæres proprietarius poterit statim, & ab initio non expectata morte vsufructuarij hæreditatem adire, & illam aditam, vel non aditam, prout aliàs de iure transmictere; noluit intelligere, vt possit transmictere hæreditatem, etiam non aditam indefinitè, sed addidit, prout aliàs de iure; & sic in casu quo de iure conceditur transmissio hæreditatis non aditæ, nimirùm quando sumus in filio, qui ratione suitatis, hæreditatem licet non aditam transmi-
29 ctit, cum etiam illi inuito acquiratur, quàmuis cum facultate abstinendi, *arg. l. si si quis filium, §. 1. cum ibi notatis de acquir. hæredit.* quod longè aberat in hipothesi nostræ disputationis, vbi non filij, sed fratres fuerant post mortem Blanchæ hæredes in
30 proprietate instituti, qui non dicuntur sui hæredes, sed pænitus extranei ad finem transmictendi, *d. l. quoniam C. de iure delib.* tradit idem *Bald. in consil. 183. aliàs 448. lib. 5. & Angel. in consil. 133. sup. primo.* Er ideò illis hæreditatẽ non adeuntibus non poterat ad hæredes trãsmicti, ideò necessariò debebat accrescere Blanchæ hæredi vsufructuariæ, quæ etiam ad maiorem cauthelam post illorum mortẽ, hæreditatem in proprietate adiuerat, &

rat, &

rat,& in suo testamento ità etiam declarauerat, illamq; ad suos hæredes vt libuit, disponendo reliquerat; & propterea omninò hæredes Blanchæ immictendos esse dicebam.

Sic fuit decisum per M. C. & immissi fuerunt heredes Blanche Cattanee in possessione predictorum bonorum, Actuario ......

S V M M A R I V M.

1 R*etentio denegatur, quotiescumq; res peruenit ad aliquem cum vitio.*

2 *Alienans feudum scientèr sine domini consensu, contractus dicitur nullus.*
.. Etiam quoad trāslationem possessionis.
.. Et consequentèr dicitur transisse in emptorem cum vitio, & mala fide.
.. Adeòvt nedùm denegatur retētio, sed amittatur feudum ob contemptum domini.

3 *Alienans feudum scientèr sine domini voluntate, dicitur delictum committere.*

4 *Clausula*, saluo assensu domini, *nihil releuat, quoad caducitatem tradita possessione reali.*
.. Etiam adiecta clausula, & non alitèr, *quia iàm ex traditione possessionis dicitur dominus contemptus, sed contra* num. 11. & seq.

5 *Retentioni numquàm est locus, quoties agitur de re inalienabili.*

6 *Dom. Io. Camillus Cacacius Regiæ Cameræ Præsidens, & per Suam Maiestatem in Supremo Italiæ Cōsilio Regens electus, laudatur.*

7 *Iure communi inspecto vendens feudum, & tradens absq; domini consensu, feudum ammittit.*
.. Et de iure Constitutionis *quilibet ex contrahentibus iure proprio reuocat.*
.. Sed illud de iure communi intelligitur, stante mala fide contrahentium: secùs autem nulla existente mala fide.

8 *Vendens rem feudalem vti allodialem ignorans esse feudalem; non ammittit feudum, nec emptor pretium.*
.. Sed illud totum consequi poterit, vna cum eo, quod interest.
.. Quinimò feudum licitè retinere poterit, quousq; de pretio, & interesse satisfiat.

9 *Alienans feudum cum clausula*, Saluo assensu, & non alitèr, nec alio modo, *non dicitur mala fide versatus.*
.. Nàm stante dicta clausula, dominus non dicitur contemni.
.. Et mala fides, & delictum excluditur.
.. Quia hæc est solita contractatio de vniuersali Consuetudine.
.. Quàmuis contrarium teneat Reg. Rouit. *qui tamen loquitur respectu extimationis feudi in contractu lucratiuo; secùs in oneroso in quo semper emptor recuperat pretium.*

10 Text. in cap. imperialem in princip. versic. non autem de prohib. feud. alienat. per Frider. *expenditur.*

12 *Venditio feudi, domino non consentiente resoluitur ex defectu conditionis, & ità etiam resoluitur ipsa traditio.*

13 *Clausulæ*, Saluo assensu, & non alitèr, nec alio modo, *præseruant ius cum dominus non contemnatur.*

14 *Alienans feudum sine domini beneplacito, non incurrit in commissum, quotiescumq; ius domini non est effectum deterius.*
.. Etiam tradita possessione, si domino nil noceat, cum possit de facili eam recuperare.

15 *Iure* Constitutionis *alienans feudū: nulla facta distinctione, an bona, vel mala fide, poterit iure proprio alienationem reuocare.*
.. Vndè nè ad imparia iudicentur, sicut venditor recuperat feudum, ità emptor pretium.

16 *Iure* Constitutionis *non habetur ratio,*

tio,nec ad bonam, nec ad malam fidem,cum semper venditor recuperat feudum cum fructibus, & emptor pretium cum interesse.
..Nàm voluit Constitutio *seruare contrahentes indemnes,ac si non contraxissent.*
17 S.C. *multoties nullã habuit rationem de reuocationibus factis ante impetratum assensum,secundum* Afflict. in decis.111.
18 *Reuocatio fieri non potest post porrectas preces domino pro assensu.*
19 *Assensus potest pracedere,& subsequi.*
20 *Ignorantia facti alieni contrahentem excusat.*
21 *Reuocatione sequuta alienationis feudi, vigore* Constitutionis Diuæ memoriæ, *emptor nedùm recuperat pretium cum interesse.*
..Sed donec illud ei persoluatur,feudum ipsum retinere poterit, quia ad eum absq; vitio peruenit: quod tenuerunt nonnulli qui allegantur.
22 Text.in l.si non sortem,§.si centum de cond.indeb.& in l.ex empto,§. si quis virginem,ff.de action.empt. *expenduntur.*
23 *Retentio donec soluatur pretium cum interesse procedit respectu venditoris tantùm,eiusq;hæredum.*
..Non autem respectu domini, vel creditorum contra quos opponi non potest.
24 Marcell.de Mauro, Fisci Patronus, & Regię Camerę Præsidens *laudatur.*
25 Anna filius in consil. 32. & Iason *referuntur in intellectu doctrina* Ananiæ in consil.32.
26 Consf. 25. Pirri Ant. Lanarij inter consilia de Ponte, vol.2. *declaratur.*

..Sicut etiam occurritur Schrad. par.8.cap.2.num.6.
27 *Retentio quando res absq; vitio peruenit, datur nedùm pro debito occasione illius feudi contracto.*
..Sed etiam pro alio debito pro quo feudum obligatum non erat.
28 Decisio Surdi 46.*declaratur.*
29 *Æquum non videtur creditorem, qui verè pro alio soluit, dimittere rem sine vitio ad eum peruentam, & pro recuperanda quantitate soluta litigare.*
..Vndè competit ei doli mali exceptio.
30 *Retentione exclusa nulla alia competit possessori actio,nisi personalis.*
31 *Creditor qui creditori hipothecario soluit si non habuit cessionem,vel pactum cum debitore de succedendo in locum primi, poterit tamen vti retentione si res illa pignorata ad eum peruenit.*
32 *Retentio non datur rei cum initio acquisita, si non anteà purgetur vitium;quod tamen declaratur.*
33 *Interesse debet compensari cum fructibus.*
34 *Interesse debetur tàm in casu nullitatis contractus, quàm rescissionis.*
35 Decisio 8. S. C. Regentis Tapiæ *declaratur.*
36 *Interesse debetur,etiam stante mala fide,quando ità inter partes conuentum est.*
37 *Promissio soluendi interesse pretij, etiã habita consideratione ad emolumẽta iurisdictionis,& alias commoditates fit ad iustificandum interesse ad maiorem rationem, quàm sunt fructus.*
38 *Decisio causa.*
39 *Cautio facit, ac si possessor retineret rem ipsam.*



ARGV-

ARGVMENTVM.

Reuocata emptione vigore *Constitutionis, Constitut. Diuæ memoria*, venditorem recuperare feudum cum fructibus, emptorem verò pretium cum interesse, eiq; retentionem competere, donec ei de prædictis satisfiat.

I. M. I.

DISPVTATIO C.

1 REgula est omnibus nota; denegari retentionem, quoties cumq; res peruenit ad aliquẽ cum vitio, & mala fide, *ad text. in l. 1. §. redigitur, cum concord.* tradunt etiam *Salic Neguſ. Surd & alij*, quos in terminis feudi cum vitio acquisiti, allegat *Schrader. de feud. tom. 1. p. 8. cap. 2. num. 6. Dom. Reg. de Ponte*, seù rectius *Pirr. Ant. Lanar. inter consilia de Ponte consil. 25. num. 14. vol. 2.* Ideò alienans feudum scientèr, sine assensu
2 domini contractus dicitur nullus, ex *textu in cap. imperialem de probib feud. alienat. per Frider.* vbi *Camer. cart. 28. lit. A.* etiam quoad translationem possessionis, secundum opinionem eiusdem *Regentis de Ponte de potestat. Proreg. in tit. de refut. feud. §. 11. num. 8.* & consequentèr dicitur transisse cũ vitio, & mala fide, vt in indiuiduo concludit idem *Lanar. d. conſ. 25. n. 15.* adeòvt nedùm denegetur retentio, sed feudum etiam ammictatur ob contemptum domini, vt habetur in *cap. 1. de vassall. qui contr. Constitut. Lothar & in d cap. imperialem*, §. 1. & tradit *Iacobut. de Franch in tit. de his qui feud. dar. poſſ. quæst. 7. n. 6.* & comprobat latè *Schrader. d. cap. 2. par. 8. in 4. limit. num. 6.* nam dicitur tùnc ità
5 alienans delictum committere, & emptor esse in mala fide, vt concludit idem *cap. 1. par. 9. in 6. causa priuat. num. 14.*

Nec refragari videtur, quod in alienatione fuerit adiecta clausula, *Saluo assensu domini*, quia tradita pos-
4 sessione illa nihil releuat, ad relata per *Iasonem in l. fin. col pen. num. 24. C. de iure emphit.* etiam adiecta clausula, *Et non alitèr*: quoniã iàm ex reali traditione possessionis dicitur contẽptus Dominus, secundũ doctrinã *Felini in c. quæ in Ecclesiarũ, col. 33. verſ. est verum extrà de Constitut.* quam refert *Dom. de Franchis in decis. 267. num. 1.*

Quamobrem in causa Donnę Mariæ Fęlicis Vrsinæ Ducissæ Grauinæ, cum Marchione Fuscaldi huius Regni Magni Iustitiarij, qui emerat à quondam D. Antonio Vrsino Duce Grauinæ Ciuitatem Sancti Marci pro ducatis 115. mil. *Saluo Regio assensu impetrando, & non alitèr, nec alio modo*; Cùm per Suam Maiestatem post multa fuisset denegatus assensus, reuocata emptione vigore *Constit. Diuæ memoriæ* fuerat à Marchione conuenta Ducissa ad restituendum pretium cum interesse, & interim licere retinere Ciuitatem prædictam donec satisfieret de illis; quæ etiam illum reconuenit, petens vti hæredem Ducis D. Antonij fratris immicti in possessionem dictę Ciuitatis amoto quolibet detemptore.

Dicebat Ducissa omni iure sibi deberi immissionem petitam vti hæredi, & immediatæ succeditrici dicti quondam D. Antonij fratris, nulla habita ratione, de opposita retentione pro parte Marchionis: quoniam

cum

eum Ciuitas prædicta peruenerit in posse ipsius cum vitio, & mala fide, nullo modo poterat competere retentio ex prædictis. Primò, quia sine assensu domini emerat, & possessionem apprehenderat, adeòvt ex contemptu domini dicebatur nulla venditio, & ideò peruenta dicebatur Ciuitas cum vitio; non obstante reseruatione assensus. Secundò, ex expressa alienationis prohibitione adiecta per Suam Maiestatem in concessione dictæ Ciuitatis in transactione inita inter ipsam Cattholicam Maiestatē, & dictum Ducem, aliosq; interesse prætendentes super successione statas Bisiniani, per doctrinam *Baldi in cap. si vassallus, num. 2. si de feud. fuer.*
5 *controu.* vbi concludit, numquàm esse locum retentioni, quoties agitur de re inalienabili.

Verùm enim verò contrarium cōcludendum in huiusmodi disputatione forensi dicebam ego, qui partes Marchionis tuebar, vnà cum doctissimo, & omni virtutum genere orna-
6 tissimo Io. Camillo Cacacio, tùnc Aduocatorum facilè Principe, deinde Regij Fisci Patrono solertissimo, ac Regij Patrimonij Preside integerrimo; & demùm per Suam Maiestatem in Supremo Italiæ Consilio Regente electo; qui in hac eadem causa luculētas exarauit allegationes, quæ vtinam cum alijs typis mandarentur pro omnium studiosorum vtilitate.

Etenim licet vera esset regula superiùs firmata; denegari nimirùm retentionem quotiescumq; res cum vitio ad aliquem peruenit; attamen nō benè videbatur applicari ad casum; non enim ex prædictis, Ciuitatem Sancti Marci ad Marchionem transijsse cum vitio, mihi probabatur.

Quoniam licet de iure communi feudorum, vendens feudum, & tradens absq; Regis assensu delictum
7 committere videatur, ità vt feudum ammictebat ex contemptu domini; & de iure Constitutionum, etiā nulla iudicetur venditio, adeò quod idem venditor, & emptor non obstante iureiurando iure proprio reuocare possint, vt habetur in *Constit. Diuæ memoriæ*, vbi omnes, illud tamen procedere de iure communi dicebam quotiescumq; venditor, & emptor mala fide versati, scientes rem esse feudalem, absq; domini assensu super ea contraxerunt; tùnc enim feudum venditor ammictebat, & emptor pretium; & eo casu neq; poterat rem ipsam retinere, vt exemplificat idem *Schrader. d. cap. 2. par. 8. in 4. limit. num. 6.* quia præsupponit, quod ità alienans delictum committat, & emptor sit in mala fide, vt latè tradit ipsemet *in d. cap. 1. par. 9. in 6. causa priuationis, num. 14.*

Attamen quotiescumq; mala fides, & fraus à contrahentibus abest contrarium esse iudicandum asserebam. Ideò quando quis ignorans rē
8 esse feudalem vendit vti allodialem, si deindè reperiatur feudalis, venditor non ammictit feudum, & emptor non tantùm pretium, sed etiam idquod interest à venditore consequi poterit; quinimò tàm pro pretio, quā pro interesse feudum ipsum licitè retinere valebit quousq; de pretio, & interesse satisfiat, vt optimè tradit idem *Schrader. in d. cap. 1. quæst. 9. in 5. fallentia, num. 39.* & propriè *nu. 54.* vbi allegat *Bald. Aluarot. Præposit. & Afflict. in cap. 1. §. si vassallus il secondo, si de feud. defunct. content. sit. arg. l. si non sortem, §. si centum de cond. indeb.* illa ratione, quia bona fide emit credens esse allodium, ideò pretium cum interesse pro feudo, etiam absq; domini consensu vendito numeratum recuperat, vt tradit idem *Schrader. d. cap. 1. p. 8. nu. 59. vers. bona fidei.*

Hinc dicebam in casu disputationis, omninò excludi malam fidem, & vitium tàm ex parte venditoris, quàm emptoris, & proindè licitè retineri

tineri

tineri potuisse feudum donec ei solueretur pretium cum interesse.

Probabam hoc clarissimè, quoniā quotiescumq; feudatarius, etiam
9 scientèr vendit, & tradit, cum clausula, *Saluo assensu domini, & non alitèr, nec alio modo*, prout erat in nostra hipothesi non dicitur mala fide versatus, & emptor ità emens pretium repetere poterit vnà cum interesse; quia stante dicta clausula dominus non contemnitur, & mala fides, & delictum excluditur, ità docet *Bald. in cap. 1. §. fin.* & ibi *Præposit. in fine, quæ sit prima causa benef. amitt.* optimè *Capy. in repetit. cap. imperialem, col. 92. & 93. fol. mihi 46. & 47. in verb. scriba in versic. limitatur tamen,* cęteriq; innumeri per eundem *Schrader. adduct. in d. cap. 1. par. 9. in 3. ampliat. num. 20. & 21. versic. hoc tamen,* & latè *Afflict. in d. cap. imperialem in 38. quæst. num. 25.* vbi aperte docet per huiusmodi clausulam cessare cōtemptū domini, & idem *in repet. Constitut. Diuæ memoriæ, n. 42.* facit *Fricc. de subfeud. lib. 2. q. 30. num. 4.* & sequitur *Lanar. in consil. 20. nu. 27.* & quod ex dicta clausula excludatur fraus, & mala fides, quia hæc est solita contractatio ex vniuersali Consuetudine, tradit *Dom. de Ponte in consil. 14. nu. 15. vol. 2.* & in terminis quod ex ea colligatur bona fides, refert *Anna pater in repet. d. Constitut. Diuę memoriæ. num. 166.* quia excludit contemptum domini, & idem *num. 191. in fine,* vbi allegat *Andr. in cap. 1. versic. si aliquis, apud quem quæst. de feud. distin.* & sequitur *Anna filius consil. 43. num. 1.*

Et licet *Dom. Reg. Rouit.* videatur aliter sentire *in pragmat. 1. de titul. abus. num. 175.* tamen eius opinio est contra prædictos omnes, qui expressè hoc tenuerunt, & loquitur respectu extimationis feudi in contractu lucratiuo; & propterea contrarium erat iudicandum in contractu oneroso respectu pretij soluti per eundem emptorem, qui illud semper recuperat, quia bona fide contraxit cū dicta clausula, *Saluo assensu*, aliàs pretium amitteret, etiam in Regno, vt tradit idem *Anna videndus vbi sup. d. num. 191.* vbi declarat doctrinam *Afflict. in d. Constitut.* & refert etiam *Capyc. in d. cap. imperialem, col. 82. versic. tertia conclusio, fol. mihi 41.* Ideò semper fuisse decisum asserit pro restitutione pretij cum interesse, vt ipsemet testatur *in decis. 100. in causa Tutij,* vbi etiam *addentes*, quia per dictam assensus reseruationem dicitur in bona fide.

Hoc autem apertè probari asserebam, etiam attentata iuris feudorum dispositione, vt habetur *in d. cap. imperialem in princ. versic. nos autem,*
10 ibi: *Emptori bonæ fidei ex empto actione de pretio contra venditorem competente*, vbi *Glos. in verb. ex empto*: imò debet restitui omne illud, quod occasione illius rei datum est venditori, per *text.* optimum *in l. debet 27. ff. de ædilit. edicto.*

Neq; obstare ea, quæ *ex Iasone*, & alijs tradit *D. de Franch. in d. dec. 267.* quod etiam si adesset clausula, *Et non alitèr*, dùm fuit tradita possessio dicatur cōtemptus dominus, & ideò dicatur in mala fide, adeò quod incidat in caducitatem, & commissum, vt per *Grammat. in decis. 49. monasterium*, quoniam ipsemet *Dom. de Frāch.* ibidem respondit contrariam opi-
11 nionem esse veriorem, ex dictis per *Alberic. in d. l. fin. C. de iure emphit.* quē refert, & sequitur *Purpurat. in l. fin. C. de pactis, num. 47. versic. & specialitèr facit*, etiam quod non fuerit apposita clausula, *Et non aliter*, &c. ex *Friccia de subseud. lib. 2. in prima author. n. 23. versic. sæpè etiam dixi*, vbi asserit ven-
12 ditionem huiusmodi, domino non assentiente, resolui ex defectu dictæ conditionis, & ità similitèr resolui traditionem ipsam, & de clausulis prædi-

prædictis non esse curandum, sed tantummodò an emphiteuta bona, vel mala fide vendiderit, & tradiderit, & præcipuè an ius domini fuerit effectum deterius, facit optime *Felin. in d.cap.quæ in Ecclesiarum, num.85. versic. saluatur tamen dictus modus, Menoch.consil.38.nu.22.& 26.& Rot. Rom in recent.par.2.decis.286. num.2. & 576.num.4.& par.2.decis.25.nu.8.*

13 vbi dicit, quod istæ clausulæ præseruant ius, cum dominus non contemnatur, & ideò pœna caducitatis non incurritur cum cessante causa cesset effectus, optime *Caldas de potestate eligendi, lib.3.quæst.17.num.16.* & eadem *Rota par.1.decis.115.num.6.in fine, & decis.619.num.2* quæ loquuntur de huiusmodi clausulis, *nec aliter, nec alio modo*, præsertim vt diximus quando ius domini non est effectum

14 deterius, secundum distinctionem *Felin. in d.cap.quæ in Ecclesiarum, sub num 85.& 86.* quem etiam sequitur *Curt.de feudis, par.4.quæst 21.nu.112.* quia tùnc etiam, quod fuerit tradita possessio, si tamen hoc nil noceat domino, quia posset de facili eam recuperare, feudum non ammittitur, & videtur etiam amplecti, *Fricc.d lib.2. in prima auth.à num.23.vsq;ad 27.* & benè *Gratian. discept.forens.cap. 43. num. 36. Pat. Molin. de contr.disput. 459.à num.10. Clar. in §. emphiteusis, quæst.13.à num.5, Corbul. de causa priuat. ob alien. irrequis. domino fact.limit.37.Mantic.de tacit. & ambig.lib.22.tit.28.nu.26.& 27.* vbi ità decisum per *Rotam* testatur, & optimè *Thesaur.decis.169.*& latissimè omnium *Amic.de iure emphit.quæst.1.per totam*, vbi omnibus contrarijs satisfacit.

Prætereà hęc omnia procedere dicebam de iure communi feudorum, vbi si adsit mala fides ammittitur feudum; At secùs omninò dicendum est de iure *Constitutionis*, nàm licet

15 hoc iure sit etiam prohibita alienatio, & contractatio rei feudalis, absq; Regis assensu; nihilominùs nulla facta distinctione, an bona, vel mala fides interuenerit, datur facultas ipsismet contrahentibus alienationem illam iure proprio reuocare, & feudum venditum recuperare, vndè nè ad imparia iudicentur sicut venditor recuperabit feudum, ità emptor recuperabit pretium, vt vtriusq; par sit conditio, prout ità semper iudicatum dicit idem *Capycius dict. decis.100. in fine, & in dict. inuestitur. in verb. feudorum emptiones, Thomas de Marinis lib. 1. tit. 2. cap. incip. Constitutio Regni, num.13. Intrigliol.de feudis, centur 2. artic.5. num. 729. Petr. de Gregor. de concess. feud. par 8 9 & 16.* & optimè *de Ponte de potestat. Proreg.tit.de assens. Reg. super dot. 9 1. à num.31.* vbi quod ità semper practicatur, & benè *in consil. 72.num.6.vol.2.* vbi asserit, quod per *Constitutionem* non habetur ampliùs consideratio nec ad bonam, neq; ad

16 malam fidem, sed semper emptor recuperat pretium cum interesse, & venditor feudum cum fructibus, nàm *Constitutio* voluit seruare contrahentes indemnes, ac si numquàm contraxissent, & proindè facultatem eis concessit iure proprio reuocandi, vt tradit idem *in consil 13. num.4. vol. 2. & de Marinis lib. 2. de feudis, tit.1.num.17. Lanar.consil.3. num.13. & Anna in d. Constitut. nu.230.* nàm *Constitutio* est interpretata, vt sicut venditor non amictit feudum, ità emptor non amictat pretium, & ità etiam latè disputat, & concludit contra *Fricciam, Cumia in cap si aliquem in verb. mortis à num 37. & seq.* & idem *de Ponte in consil. 17. num. 19. vol.2.* vbi *num.18.* allegat *Afflict.in decis.111.* dicentem multoties in

17 S.C. nullam fuisse habitam rationem de illis reuocationibus factis ante impetratum assensum; durum enim videri asserentem, vt quis bona fide

fide contrahat saluo assensu, & venditor medio tempore occultò reuocet, & ità decisum fatetur in causa Fabritij Villani, de qua etiam mentionem facit *Capyc. in d. decis.* 100.
18 Imò neq; valere reuocationem venditionis asserit post porrectas preces pro assensu, vt refert idem *de Ponte in consil.* 14. *num.*20. & adest decisio Collateralis eiusdem *de Ponte in decis.* 6. quæ omnia minimè procedere possent, si venditio facta, etiam cum dicta reseruatione assensus indicaretur ab initio mala fide facta; sed quia à principio reseruatio inducit bonam fidem, ideò post porrectas
19 preces non potest interim reuocari, quia assensus potest præcedere, & subsequi secundum receptam *Isern.* opinionem *in d.cap.imperialem, n.*14. quem sequuntur *Bald.Aluarot.Præposit. Curt.Camerar. & alij*, quos adducit idem *Reg de Ponte in d. consil.* 14. *nu.*15. *& seq.vol.* 2.

Neq; secundo loco obstare videbatur expressa prohibitio alienandi apposita in instrumento transactionis initæ inter Suam Maiestatem, & alios transigentes super statu Bisiniani, ibi: *Però todo se le hauria de dar con condiçion, que no lo puedan enagenar, ny hypotecar, si no que esté siempre libre por cauçion de Su Magestad*, quoniam cùm in dicta transactione non interuenerit Marchio, non potuit illud, quod in ea fuit particularitèr conuentum prænoscere: & ideò cùm non constaret Marchionem emptorem de huiusmodi prohibitione plenam habuisse notitiam cum omnibus qualitatibus, non poterat mala fides adesse, cum fuerit
20 ignorantia facti alieni; quæ contrahentem excusat, *d.cap.* 1. *§ si vassallus il secondo*, & ibi *Andr. Bald. Aluarot. Præposit. & Afflict. si de feud. defunct. controu. & in cap.* 1. *vbi omnes de controu. inter domin. & empt.* & idem *Aluarot. in cap.* 1. *in expositione textus de vassall. qui contra Constitut.Lothar.*

Insuper prædicta prohibitio non fuerat generalitèr, & absolutè concepta, sed solùm pro cauthela Regiæ Curiæ pro portione illi tangente, nè super ea aliqua pateretur molestia in casu contributionis, vt legitur in dicto transactionis instrumento, ibi: *Por cauçion de Su Magestad*, ideò quotiescumq, ex alienatione, nullum veniebat præiudicium inferendum Regiæ Curiæ, sed potiùs vtile, non poterat dici nulla alienatio ex prædicta prohibitione, præcipuè cum nulla fuerit adiecta pœna.

Prætereà cùm in huiusmodi venditionis instrumento fuerit expressè conuentum, pretium capitale dictorum duc. 115.mil. esse implicandum in emptionem tot annuorum introituum cum eadem Regia Curia pro securitate euictionis, & eiusdem Regiæ Curiæ, consequens esse dicebam, vt potiùs valida, quam nulla ex hoc capite esset iudicanda venditio, cùm non fuerit contra intentionem ipsius Regis prohibentis, nec in eius damnum, sed potiùs in euidentē vtilitatem. Etenim cum non fuisset dicta Ciuitas extimata tanti pretij; nihilominùs fuit conuentum, vt totum pretium ducat. 115.mil. cōuerteretur in emptionem cum eadem Regia Curia pro eius securitate, & ideò nulla mala fides opponi poterat ex hoc capite ipsi Marchioni, qui ad vtilitatem eiusdem Regiæ Curiæ respexit, & bona fide contraxit.

Cùm igitur ex his omnibus excludi videbatur vitium, & mala fides, sequi necessariò asserebam, vt
21 non solùm sequuta reuocatione venditionis vigore *dictæ Constitutionis Diuæ memoriæ*, emptor recuperare posset pretium cum interesse; sed etiam donec ei illud persolueretur,

ueretur, feudum ipsum retinere, quia ad eum bona fide, & absq; vitio peruenit, ità in puncto tradit *Barthol. de Capua* insignis, & antiquis feudista *in dicta Constitut. Diua memoria, versic. sed si possessio*, & ibidem refert, & sequitur *Petr. Piccol. aliàs de Monteforte, num.* 9. vbi expressè concludit dari retentionem rei feudalis, etiam sine assensu acquisitæ, donec pretium restituatur, per *text. in l. pupillorum, §. fin. de rebus eorum*, quia non dicitur peruenisse ad emptorem cum vitio; refert, & menti tenendum asserit, *Afflict. in rubrica de vassall. qui contra Constitut. Lothar. num. 4. versic. vltimò sciat*, vbi magnam in hoc esse authoritatem *Domini Barthlomei de Capua* affirmat.

Tenet etiam hoc *Bald. in d. cap. 1. §. si vassallus lo secondo, si de feud. fuerit controuers. num. 2. versic. extrà quæro*; quem sequitur *Aluarot. ibidem versic. quærò an emptor, per textum*
22 *in l. si non sortem, §. si centum*, vbi expressè decidi videtur, *ff. de cond. indeb.* ibi: *Ager autem retinebitur donec debita pecunia soluatur*, & ibi *Glos. post Bart. in verb. retinebitur, Castr. Alexand. & Ias.* quos refert *Surd. in decis. 46. num. 7. & seq.* & facit optimè *textus in l. ex empto, § si quis virginem, ff. de action. empt.* ibi: *Vt restituto pretio mulier reddatur.*

Sequitur etiam *Capyc. in inuestit. in verb. feudorum emptores, fol. 182. col. 2. circa finem*, vbi allegat *Bald. in d. cap. 1. §. si vassallus*, & idem *Capyc. in versic. mala fidei fol. 183. & versic. vidi seruari*; vbi fatetur vidisse seruari, vt emptori pretium restituatur, qui non restituet possessionem, nisi pretio priùs sibi soluto.

Optimè etiam in reuocante alienationem virtute dictæ *Constitutionis Diua memoria*, vt possit retentionem opponere donec fuerit ei solutum pretium, tradit idem *Afflict. in eadem Constitut. sub num. 44. versic. quærit an pretium, & versic. aduertè tamen*, vbi sequitur *Aluarotum*
23 ità tenentem: licet hoc distinquat procedere respectu vendentis, eiusq; hæredum, non autem respectu domini, vel creditorum contra quos opponi non potest, & eum refert, & sequitur *Præsidens Mormilis in dicta Constitut. sub num. 20. versic. & an si reperiatur.*

Docet etiam hoc, & pro indubitato asserit *Dominus de Ponte videndus in consil. 54. num. 4. vol. 2. per textum in d. l. si non sortem, §. si centum, ff. de cond. indeb.* & facit regula *textus in l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. empt.*

Sic etiam dixit dari retentionem *Lanar. in consil. 80. num. 50. versic. circa quartum*, vbi allegat *Curt. iuniorem in consil. 30. & Aluarot. in dicto cap. 1. §. si vassallus lo secondo, si de feud. fuer. controu.* quem licet pars pro se allegabat sub prætextu, quod illud asserat, ex quo possessio transiuit in emptorem sine vitio; nihilominùs pro nostra facit opinione, cum possessio sine vitio in Marchionem emptorem pertransisse ex supradictis ostendimus.

Refert etiam, quam clarissimè in terminis nostris omninò videndus *Marcellus de Mauro Fisci Patronus,*
24 *& Regiæ Cameræ Præsidens, in alleg. 54. num. 7.* vbi allegat *Afflict. in d. Constitut. & Aluarot. vbi supra*, & nouissimè *Reg. Rouit. in cons. 24. nu. 14. lib. 2.* ità quod nõ parùm mirari dicebam, quomodò pars ex aduerso tàm audactèr affirmaret, opinionẽ *Bartholomei de Capua* ab alijs non approbari, cum tot supremæ authoritatis Doctores ille habuerit sectatores.

Nec multi faciendum esse dicebam de alijs in contrarium allegatis, & præcipuè de *Anna in allegat. 136. num. 10.* dùm dicit numquàm in Castro dari retentionem autho-
25 ritate *Anania in consil. 32. & l. fin. &*

*Iason d.§.si centum,num.*10.quoniam si Doctoris dictum debet intelligi secundum Doctores, & leges quas allegat, dicendum omninò erat, *Ananam,& Iasonem*, vel fuisse allucinatos, vel cum nostra opinione sentire; quia certum est benè intuenti *Ananiam in prædicto consilio*, contrarium expresse dixisse, nimirùm non teneri ad Castri restitutionem possessor, nisi priùs solutis expensis, allegans *textum in l. si prædium* 16. *C. de prædijs minoris*, *& in l.* 2. *C. de uxor. milit. cum alijs concordantibus*, per eum, & ità illum intelligit *Ludouic. Bologni in addit. ad dict. consil. num.*15.

1 Neq; aliquid refragabatur, idquod dixit *Pirr. Ant. Lanar. in d.consil.*25.*inter consil. de Ponte*; quia ibi peruenerat
26 feudum in emptorem cum vitio, & mala fide, vt legitur *nu.*3 *&* 4. *&* 17. & quicquid de hoc esset, dicebam versari in alio casu, nempè contra creditores hipothecarios cum assensu; cōtra quos opponebatur retētio; & nos confitebamur hoc casu nō obstare, nec posse opponi retentionē, sicut etiam neq; aduersus dominum, quia venditor non potest illis præiudicare, vt ipsemet fundat *num.*18. *cum sequentibus*, secùs autem contra ipsum venditorem, siuè eius hæredem, vt erat in casu occurrenti, vt loquitur *de Ponte in dicto consil.* 54. *num.* 4. *& Afflict. in d. Constitut. sub num.*41.*versic. aduertè tamen.*

Schraderus autem *de feud. par.* 8. *cap.*2. *à num.* 6. tantùm abest, quod cōtra nostram assertionem loquatur, vt potiùs illam approbet, & confirmet; dicit enim nullo modo dari retentionem, quando res peruenit cum vitio; quod nos minimè negabamus; sed tantùm quod feudum hoc non peruenerat ad Marchionem cum vitio ostendimus; quo casu ex eiusdem *Schraderi* principijs
27 datur retentio, nedùm pro debito occasione illius feudi contracto, sed etiam pro alio debito pro quo feudum obligatum non erat, in præiudicium tamen ipsius venditoris, eiusq; hæredum, licet non contra dominum, vel agnatos Vassalli in feudo ex pacto, vel creditores hipothecarios quibus omnibus præiudicare nō poterit, vt legitur *in versic. hoc tamen*: & proindè pro nobis allegari potuit, & cum ità sequitur *Rosenth. de feudis, cap.*6.*conclus.*20.*num.*13.

Surdus autem *in dicta decis.* 46. vbi videtur denegare retentionem: loquitur in casu quo res minoris
28 alienata fuit, absq; sollemnitatibus, & certum est eo casu rem dici peruenisse cum vitio: quinimò *à num.* 7. latè fundat dari retentionem, etiam si titulus ex quo res peruenit fuerit nullus, præcipuè si debitum fuerit contractum occasione illius rei, etiam si id fuisset cum vitio, ex doctrina *Bart. in d.* §. *si centum sub num.* 8. & ideò pro nostra opinione concludit, sicut etiam respondit *in consil.* 441. Et licet Senatus decreuerit contrarium nihilominùs, vt idem *Surdus in fine* fatetur, id euenit quia controuertebatur creditum pro quo prætendebatur retētio, & propterea erat illiquidum, nec de proximo liquidādū; & fructus erant in magna quantitate; quæ omnia cessabant in casu nostro; quia clarè apparebat quantitas soluta tàm respectu capitalis, quàm interesse, & quantitas quoq; fructuum constabat ex locationibus factis etiam de ordine Regiæ Cameræ.

Ex quibus luce clariùs apparere fatebar, dari in hoc casu retentionem donec satisfieret de pretio cum interesse, illa præcipuè ratione, quia
29 non videbatur æquum, creditorem, qui verè soluit pro alio, dimittere rem sine vitio ad eum peruentam, & pro recuperanda quantitate soluta litigare, & debitorem debiti solutio-

lutionem detrectare, vt dicunt *Salic. in l. fin. sub num. 2. C. commodat.* in terminis *l. vnic. C. etiam ob Chirographar. pecun. & Negusant. de pignor. par. 5. membr. 4 sub num. 2.* & tradit etiam *Marescott. variar. lib. 2. cap. 119.* & verè competere dicendum erat doli mali exceptionē, iuxtà *text. in l. Paulus 14. ff. de doli except.* & debebat id præcipuè in hoc casu practicari, vbi exclusa retentione, nulla alia remanebat spes Marchioni
30 pretium exsolutum cum interesse recuperandi, cùm adessent innumeri creditores hipothecarij, qui excludere valebāt ipsū Marchionem, qui sola actione personali experiri cōtra Ducissā hęredē poterat; & omnis ęquitas id suaderę debebat, eo magis, quia ità etiam pluribus Iurisconsultorum responsis coadiuuabatur, vt habetur *in l. 1. ff. quib. mod. pign. vel hipoth. solut.* vbi *Bart.* tenet quod creditor qui soluit creditori hipotheca-
31 rio, si non habuit cessionem, vel pactum cum debitore de succedendo in locum primi, iuxtà *Gloss. in l. Aristo,* poterit tamen vti retentione, si res illa pignorata ad eum peruenit, vt voluit etiam *Negusant. dicta par. 5. membr. 4 num. 6.* refert *Dominus de Franch. in princ. decis. 134. ex d. l. 1.* vbi dicit esse decisionem claram, *& nu. 2.*

Ad hanc etiā retētionē fundandā non parū facere dicebam, *text. in d. l. si non sortem 26. §. si centum, ff. de condit. indeb.* vbi *Bart. sub num 8. Salic. in d. l. fin. C. commodat.* & Doctores *in l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pignorat. action.* vbi dicunt dari retentionem quando res peruenit occasione illiusmet debiti, pro quo retentio prætenditur, & sequitur *Negusant. vbi sup. num. 4.*

Nec multum refragari asserebam aliam limitationem, quæ ex aduerso opponebatur, nimirùm, tùnc demùm retentioni locum esse etiam rei cum vitio acquisitę, quoties quidē vitiū ipsū purgatum fuerit, secùs
32 autē si purgatū non fuerit, ex doctrina eiusdem *Bar. in l. 1. §. 1. versic. sed contra hoc, ff. de pignor.* ideòq; cum vitium defectus assensus purgatum non videretur in casu nostro ex quo nedùm non fuerat impetratus, sed etiam expresse denegatus, sequebatur non esse locum retentioni.

Quoniam licet *Bartoli* doctrina esset vera, tamen termini non erat pares, nec applicabiles ad casum. *Bar.* enim loquitur quando res, quę à principio non erat debitoris, & cōsequentèr non valuit obligatio, posteà efficitur debitoris, & per consequens cessat vitiū, & redditur valida obligatio, secundum terminos *d. l. 1.* & sic non loquitur in nostris terminis: sed quando secundum illos loqueretur, negabamus rem transisse cum vitio ex clausula reseruatoria assensus, quæ malam fidem, & vitium omne excludit, ex prædictis, & ideò non benè applicabatur *Bartoli* doctrina. Prætereà quatenùs etiam concederemus rem, seù Ciuitatem ipsam transisse cum vitio, quod expresse negabamus; non tamen poterat vmquàm hoc casu huiusmodi limitatio verificari; si enim pro vitij purgatione superuenisset assensus, nō posset aliquo modo disputari de huiusmodi retentione, quia tùnc assensu subsequuto, valida fuisset alienatio, nec ampliùs posset cōtrouerti de retentione donec fuisset restitutū pretium, quia tùnc cogeretur emptor ad soluendum residuum: & ideò superuacua videbatur hęc oppositio ex ex *Bartoli* doctrina.

Vltimò parùm etiam obstare dicebam, idquod ex aduerso per partem opponebatur, nullum scilicet
33 deberi interesse, sed debere compensari cum fructibus; licet illi non ascenderent ad quantitatem interesse; tùm quia de iure hoc interesse minimè debebatur, *ex decis. Regentis Ta-*

tis Ta-

tis Tapia 8. ante num. 15. tùm etiam ex pacto inter ipsas partes inito, per quod Marchio interesse soluere promiserat habito respectu nedùm ad fructus, sed etiã ad emolumenta Iurisdictionis, & alias comoditates: & consequentèr debebat haberi ratio de prædictis comoditatibus, & emolumẽtis iurisdictionis vltrà redditus ordinarios dictæ Ciuitatis, quæ omnia æquiualebant interesse prætẽsum per Marchionẽ, & ideò nihil debebat restitui, sed compensari, & consequentèr non poterat competere retentio; dùm nullum aderat creditum.

Quoniã quod deberetur interesse tã de iure, quã de facto dubitari non poterat, ex nõnullis legũ dispositionibus, tàm quando nullus declaratur
34 cõtractus à principio, vt in terminis *d.l. vtere* 14. *C. de prædijs, & alijs reb. minor. & l. si fructus* 13. *§. quamquam, ff. de rebus eorum*, quam etiam quando resoluitur, vt in terminis *l. illud* 29. *versic. & quidem, ff. de adil. edict. & l. facta* 60. *& l. cum autem* 23. *§. Iulianus ff. ecd. tit.* item *in l. videamus* 38. *§. deniq; ff. de vsur. & l. eum qui, & l. Imperator, ff. de adiect. in dit.* Et proptereà dixit in puncto uidendus *Afflict. in dicta Constitut. Diuæ memoria sub num.* 44. *versic. sed aduertè*, quod datur repetitio pretij cum interesse, facta iàm reuocatione, per *textum in §. fin. institut. de empt. & vendit.* & optimè sequitur *Frecc. de subfeud. lib.* 2. *§. pluribus modis, num.* 37. *& de Ponte dicto tit.* 6. *de assensibus Regijs super dot. §.* 2. *num.* 1. non ob-
35 stante *d. decis. Regentis Tapiæ num.* 8. *ante num.* 15. quia ibi adfuit dolus, qui non debuit emptori opitulari, & ideò fuit ibi habitũ pro vero deberi interesse; sed fuit facta compensatio cum fructibus ob dolum, qui omninò abfuerat in casu nostro in quo Marchio non fuit negligens in impetratione assensus, sed pluries pro eo efflagitauit, sed fuit denegatus, undè nihil doli, uel culpæ poterat Marchioni imputari.

Deberi etiam interesse asserebam ex pacto speciali in instrumento uenditionis apposito, ibi: *Et vbi dictus Regius assensus infrà terminum prædictum ex quauis causa obtineri non posset, tali casu, cuiquè dictarum partium liberè licitum sit recedere à præsenti contractu venditionis, & contentis in eo. Verùm in dicto casu restitui debeat videlicet dicto Duci venditori prædicta Ciuitas cum eius integro statu, alijsq; omnibus vt supra venditis vnà cum fructibus, introitibus, & prouentibus perceptis, & dicto Marchioni dictum pretium duc.* 115. *mil. si tùnc temporis reperiatur solutum, vnà cum interesse ad prædictam rationem duc. septem pro centum.* Quia conuentione stante, dicebam deberi interesse, etiam si ex parte Marchionis adfuisset mala fides; dùm specialitèr de huiusmodi interesse cauerat ex quauis causa non impetraretur assensus, *ad textum in l. si fundum* 27. *C. de euiction. & l. si fratres, C. commun. vtriusq; iudic.* quantò magis stãte bona fide Marchionis uirtute clausulæ prædictæ, de qua supra.

Non obstabat illud pactum ex aduerso ponderatum: Etenim illa promissio soluendi interesse, etiam habito respectu ad emolumenta iuris-
37 dictionis, & aliàs comoditates fuit ad iustificandam promissionem interesse ad rationem septem pro centum; nè uideretur excedere fructus compensatiuos, *ad textum in l. curabit, C. de action. empti*, non autem ad finem inducendi compensationem; nàm quoad hoc debebat stari pacto specialitèr concepto, ut diximus per quod fuerat derogatum primo: Insuper illud videbatur promissum in casu validitatis contractus, at in casu nullitatis, nil aliud promisit restituere, nisi Ciuitatem cum fructibus.

At qua-

At quatenùs etiam comoditates, & emolumenta iurisdictionis venissent restituenda, certum erat in facto, quod interesse fuerat maioris quantitatis, quam introitus, & prouentus,aliæq;comoditates, & proptereà non poterat admitti compensatio,nisi pro rata: & pro residuo omninò dari retentionem, præterquàm quod fuerant etiam soluti duc.quinquemille in computum pretij vigore cuiusdam Albarani, vltrà prædictos duc. 115.mil. vt fuit deindè decisum me patrocinante per S. C. Et ideò omninò competere retentionem dicebam, aliàs magnam pateretur læsionem Marchio, cùm vt diximus,super feudo, alia actio Marchioni non poterat competere ex defectu assensus, nisi sola retentio *argumento textus in l.in fundo, ff. de rei vendit. & in § ex aduerso, Instit. de rer. diuis.* secundum doctrinam *Bart. in d.l. si non sortem, §. si centum, num.* 4. quem ibi communitèr *DD.* sequuntur iuncta *l. si area, vbi DD. ff. eod.* & faciunt optimè notata per *Rosenthal. cap.7. de feud. conclus.* 54. *num.* 5. *&* 6.

Die 18.Ianuarij 1630.

Facto verbo in Sac. Cons. Iunctis Aulis per Marchionem Sancti Maximi Fælicem de Ianuario Regium Consiliarium, & causæ Commissarium; fuit decisum, quod immittatur in possessionem Ducissa Sermonetæ, & Grauinæ Ciuitatis Sancti Verùm fructus, & introitus dictæ Ciuitatis sequestrentur tam respectu prætensorum per Marchionem Fuscaldi, quàm aliorum creditorum quondam Ducis Grauinæ venditoris. Et nihilominùs prædicta Ducissa præstet cautionem de soluendo, quicquid fuerit iudicatum in beneficium Marchionis, & infrà quatuor dies audiantur partes super omnibus hinc indè prætensis, citra præiudicium iurium partium, vt in processu fol. 106. In Banca de Cantone.

Retentio non fuit concessa,vt mihi dixerunt Domini votantes, quia iàm comparuerant alij creditores Ducis, contra quos non poterat opponi,nec militabat exceptio retẽtionis: Ideò pro maiori securitate Marchionis nedùm S. C. processit ad sequestrum etiam respectu prętẽsorum per ipsum, sed condemnauit Ducissam ad præstandam cautionem in beneficium Marchionis,quia fideiussio operabatur,ac si Marchio habuisset rem ipsam,vt dicit in puncto *Hering. de fideiuss.cap.15.effect.32. num.*127. & ideò plenius fuit consultum Marchioni per cautionem, quam per retentionem, quia ab ea excludi poterat ab alijs creditoribus Ducis.

LAVS DEO, BEATÆQ; SEMPER VIRGINI MARIÆ, ac Sanctis omnibus.

INDEX LOCVPLETISSIMVS
Tàm Rerum, quàm Verborum, quæ in hac ſecunda Diſputationum ſexquicenturia continentur.

Alphabetico ordine digeſtus, cuius prior numerus Diſputationem, alter verò marginem ſignificat.

INDEX.

tur

. . *Hodie*

INDEX.

Vide

Condi-

.. *Intel-*

. . Secùs

Dona-

G

Geminatio.

Gerundium.

Glossa.

Gratia.

INDEX.

..*Ideò*

. . *Quia*

Iure

Lega-

Legitima.

Læsio.

Lex.

Nape-

.. *Quod*

Quae-

Iurata

Soror

Stipu-

Suc-

Text.

Verbum.

Ver-

FINIS.



